



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Programmet för juris kandidatexamen
Tillämpade Studier, 30 HP

Asylförfarandet i kvalificerade säkerhetsärenden

En granskning av rätten till domstolsprövning i kvalificerade säkerhetsärenden

“If terrorism and violence in the name of dissent cannot be condoned, neither can violence officially sanctioned. Respect for the rule of law will promote justice and remove the seeds of subversion.”

Cyrus Vance, United States Department of State 1977-1980.

Abstract

A central issue in Swedish asylum law is the balance between protection of human rights and civil liberties on the one hand and the states interest in public order, security or migration control on the other. Swedish asylum law therefore distinguishes between ordinary asylum cases on the one hand and security cases on the other. Security cases under Swedish asylum laws are matters which the Security Police for reasons of national security or that otherwise have a bearing on public safety advocates that an alien shall be expelled etc. If a security case is a particularly threat to national security, or in view of what is known about the alien's past activities and other circumstances, it can be anticipated that he or she will commit or participate in terrorist crimes, than its classified as a qualified security case.

Only the ordinary asylum cases and security cases enjoy the right to an effective remedy before a court. Qualified security cases do not enjoy this right, instead, the government of Sweden is the final decision maker in case of an appeal. Sweden is a member state of EU. The procedure directive¹ stipulates a right to an effective remedy before a court in article 39 and the articles provision has no exception. According to my assessments, the Swedish asylum law, in these parts, are in breach of EU law. The question is therefore, if a exception from article 39 can be made from the consideration clause 28 in the same directive which stipulates; "In accordance with Article 64 of the Treaty, this Directive does not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security."

Thereon argue the scholars! The main object and question in this paper is which interpretation of article 64 the Treaty is compatible with EU law and therefore shall have preference. Is the procedures directive applicable on qualified security cases and if so, is it possible to derogate from its article 39 in the legal construction that Sweden has with "qualified security cases"? The referral bodies position is negative.

There are no cases in which article 64 the Treaty has been applied in Title V of the Treaty of functioning of the European union (TFEU). Therefore literature was consulted.² In the literature, the referral bodies arguments finds strong support. According to the literature, article 64 the Treaty (now article 72 TFEU) must be interpreted restrictively and be targeted to a fixed concept of proportionality which the European Court has developed in the area of internal market (article 26 TFEU) where "public powers" has been invoked.

My conclusion is that the procedure directive applies on qualified security cases and therefore entail the right to an effective remedy before a court. The Swedish exception is in breach of EU law because the measures taken by Sweden, in the exercise of the discretion which Sweden are recognized to enjoy, the question can be raised whether the measure of enacting a law which derives asylum seekers the right to an effective remedy before a court, do in fact have the purpose of guaranteeing public security and whether this measure is appropriate and necessary to achieve that aim. My assessment, based on my studies, and which I am arguing for, is that the measure is not necessary to achieve the aim of guaranteeing public security, there are less radical alternatives which is more proportional and in accordance with the ideal of rule of law. The rule of law principle is thoroughly investigated in this paper to shed light on the boundaries of law-making.

¹ Council directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.

² See the bibliography below.

Innehållsförteckning

Abstract	3
Förkortningar	5
1. Inledning.....	6
1.1. Bakgrund	7
1.2. Syfte	11
1.3. Frågeställningar	11
1.4. Metod	11
1.5. Avgränsning	12
1.6. Disposition	12
2. Rättsstats- och rättssäkerhetsbegreppet	13
2.1. Rättsordningens förutsättningar och problem	13
2.2. Rättsstatsbegreppet	17
2.3. Rättssäkerhetsbegreppet.....	19
2.4. Sammanfattning	27
3. Den svenska utlänningsrätten	29
3.1. Bakgrund	29
3.2. Beslutande myndighet m.m.....	30
3.3. Säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden	31
4. Internationell och Europeisk asylrätt	38
4.1. Bakgrund	38
4.2. Internationell asylrätt	38
4.3. Europeisk asylrätt	42
4.3.1. Harmonisering av rättsområden inom Europeiska unionen	42
4.3.2. En gemensam migrations- och asylrätt för Europeiska unionen.....	44
4.3.3. Utvecklingen av ett område för rättvisa, frihet och säkerhet	47
4.3.4. Statens ansvar för att upprätthålla lag, ordning och säkerhet	51
5. Analys och resultat	56
5.1. Bakgrund	56
5.2. Svar på frågeställningar	56
5.3. Tre centrala iakttagelser	64
6. Käll- och litteraturförteckning	67
6.1. Litteratur	67
6.2. Offentligt tryck	69
6.3. Rättsfall	69
6.4. Internetkällor	69

Förkortningar

TFEU	The Treaty of Functioning of the European union
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
EU	Europeiska unionen
UtlL	Utlänningslagen (2005:716)
UtlF	Utlänningsförordningen (2006:97)
LSU	Lag (1991:572) om särskild utlänningskontroll
FL	Förvaltningslagen (1986:223)

1. Inledning

”Regeringens beslut om utvisning av två egyptiska medborgare som påstådda säkerhetsrisker har ådragit Sverige internationell skam och vanära utan motstycke och upprepade fällningar av FN-organ satta att övervaka de mänskliga rättigheterna. Fallet illustrerar nästan övertydligt varför regeringen är en utomordentligt olämplig instans för att fatta dessa ytterst grannliga judiciella beslut. Att en regering inte har en bättre förmåga att hantera dessa ärenden demonstrerades 2008 med utvisningen av Abderazzak Jabri till tortyr i Marocko.”³

Säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden är en liten ärendegrupp inom asylrätten men har parallellt ett brett ärendespektrum. När fel begås inom det aktuella rättsområdet, är konsekvenserna citatet ovan, även ett litet moln kan alltså skymma solen.

Ämnet är självvalt efter att ha läst kritiska debattartiklar om utvisningar som fått oönskade effekter och jag ville fördjupa mig inom rättsområdet som reglerar ärendegruppen. Innan jag tog mig för att skriva denna uppsats hade jag blott skrapat på ytan till asylrättens kunskapsområde i kursen förvaltningsrätt och asylrätten var för mig helt nytt rättsområde. Den europeiska harmoniseringsprocessen som är titulerat, The area of freedom, security and justice, lät också lockande men jag medger att jag inte hade tillräckligt fotfäste. ”Asylum law is one of the most complex areas of (European) cooperation, although one the most important. The complexity arises because of the number of different issues addressed by asylum law, EU harmonization, and international human rights obligations.”⁴ Men som min schackmästare säger; the road to mastery is about growth, not perfection.

Min ambition har varit att klargöra den tolkningstvist som råder mellan lagstiftaren å ena sidan och viktiga remissinstanser å andra sidan vad gäller räckvidden av artikel 64 EG-fördraget (numera artikel 72 FEUF) inom avdelning V, FEUF.

Jag vill rikta ett stort *tack* till min handledare, Ann-Charlotte Landelius. Jag vill också tacka min far och särskilt min mor, Mevlük som tidigt lärde mig att ”inte vara mina skolböckers slav, utan deras bundsförvant.” Det vill säga att jag inte skulle gå till och från skolan utan ett syfte. Utan hennes vishet, lärdomar och kärlek hade jag inte varit där jag behöver vara. I övrigt har jag min stora familj att tacka för deras stöd. Mina vänner har alltid en plats i mitt hjärta.

Arbetet tillägnas Azadeh.

³ Motion 2009/10:Sf4 med anledning av prop. 2009/10:31

⁴ Peers, EU Justice, s. 298.

1.1. Bakgrund

“Immigration, *asylum*, policing, and criminal law are among the topics of greatest public concern. Given the sensitivity of such issues, and the initial perception that they were ‘internal’ issues with limited relevance, it was not surprising that they were among the last topics to be addressed in the European integration project. A combination of further economic integration in Europe and increased public anxiety about migration and security issues following the terrorist attacks of September 11, 2001, however, has now moved Justice and Home Affairs matters nearly to the top of the EU’s agenda.”⁵

– Steve Peers –

När människor är hotade och inte har möjlighet att få skydd inom sitt land söker de skydd i andra länder. De senaste 25 åren har antalet människor som lämnar sitt hemland ökat kraftigt. Enligt Förenta Nationerna uppgår antalet migranter i dag till ungefär 200 miljoner men ingen vet exakt hur många de är. Ungefär 11 miljoner av dem är flyktingar. Migration är en av de stora globala framtidsfrågorna och Sverige står i dag inför stora utmaningar.⁶

11 september år 2001 är bladvändningen för det som inom media och politik betecknas som *the age of terror*. Förenta staterna med president George W. Bush i spetsen och allierade i flankerna, förklarade ”krig mot terrorismen” efter 11-september attackerna. Stater världen över samarbetar för att motverka terrorism på olika nivåer. I skrivande stund misslyckades Sveriges första självmordsattentat i Stockholm.⁷ Asylreglerna, som syftar till att skydda människor, kan utnyttjas av terrorister i deras intressen. Emellertid kan även människor som behöver skydd vara anklagade för anstiftan, försök eller medverkan till terrorism och behandlas rättsligt därefter. Att underrättelsetjänster felaktigt utpekat oskyldig som terrorist är inte främmande.⁸ Av denna anledning är det viktigt att studera de lagar som berör eller anpassas på grund av terrorism.⁹

De grundläggande internationella bestämmelserna om flyktingskap finns i 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning, (Genèvekonventionen).¹⁰ I Genèvekonventionen återfinns definition av vem som utgör flykting, om flyktingstatus upphörande, uteslutande från flyktingstatus, identitetshandlingar och resedokument samt principen om non-refoulement. Flyktingkonventionen innehåller däremot inte några

⁵ Peers, EU Justice, s. 1. Kursiverat här.

⁶ Det framtida Migrationsverket, s. 5, mars 2009.

⁷ <http://www.dn.se/ledare/huvudledare/ett-angrepp-pa-oss-alla> [Ett angrepp på oss alla – DN13/12/2010]

⁸ <http://www.dn.se/kultur-noje/debatt-essa/den-vardelosa-rattvisan> [Den värdelösa rättvisan - Dennis Töllborg].

⁹ Jag fick upp ögonen för ämnet efter att ha läst Mikael Löfgrens bidrag i Dagens Nyheters kulturdebatt (publiceringsdatum anges ej) <http://www.dn.se/kultur-noje/debatt-essa/och-vem-ar-nu-terrorist>

¹⁰ 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning, Genève den 28 juli 1951 N:o 55.

föreskrifter om hur *prövningen* av flyktingskapet skall gå till. Den frågan lämnas till konventionsstaternas nationella lagstiftning.¹¹

De nationella reglerna för utlänningars rätt att resa in i, vistas och arbeta i Sverige samt söka asyl här, återfinns i utlänningslagen (2005:716), i fortsättningen UtL. Utgångspunkten för UtL är i princip att endast svenskar har en ovillkorlig rätt att vistas och verka i Sverige. Däremot har vissa grupper av utlänningar genom utlänningslagstiftningen tillerkänts en mer eller mindre absolut rätt att stanna i Sverige. Detta är till exempel fallet med flyktingar och andra skyddsbehövande som behöver en fristad i Sverige.

Fokus för denna uppsats ligger på förfarandet i utlänningsärenden som klassificeras *säkerhetsärenden* enligt UtL 1:7 och *kvalificerade säkerhetsärenden* enligt 1 § lag (1991:572) om särskild utlänningskontroll, i fortsättningen LSU.¹² Denna avgränsning grundar sig i lagstiftarens bedömning att, ärenden med säkerhetsaspekter inte fullt ut kan handläggas som utlänningsärenden i allmänhet och på grund av detta fordras en särskild lösning. Av denna anledning föreligger ett avvikande förfarande för kvalificerade säkerhetsärenden som skiljer sig betydligt från övriga utlänningsärenden.¹³

Säkerhetsärenden definieras i 1:7 UtL. Enligt nu nämnda lagrum utgörs säkerhetsärenden av de asylärenden i vilka säkerhetspolisen av skäl som rör rikets säkerhet eller som annars har betydelse för allmän säkerhet förordar att (I) en utlänning skall avvisas eller utvisas, (II) att en utlännings ansökan om uppehållstillstånd skall avslås eller att en utlännings uppehållstillstånd skall återkallas, (III) att en utlänning inte skall beviljas statusförklaring eller att en utlännings statusförklaring skall återkallas, eller (IV) att en utlänning inte skall beviljas resedokument.

Med kvalificerade säkerhetsärenden avses utlänningsärenden som anhängiggörs enligt LSU. 1 § LSU fordrar att utvisningen är påkallat av särskilda hänsyn till rikets säkerhet eller då det med hänsyn till vad som är känt om utlänningens tidigare verksamhet och övriga omständigheter kan befaras att utlänningen kommer att begå eller medverka till terroristbrott enligt 2 § lagen (2003:148) om straff för terroristbrott eller försök, förberedelse eller stämpling till sådant brott.

¹¹ Diesen, *Prövning*, s. 20.

¹² Asyl och flyktbegreppet definieras eftersom det är rimligt att anta att dessa ärenden är oftare föremål för att klassificeras som säkerhetsärenden framför övriga utlänningsärenden. Det skall dock beaktas att säkerhetsaspekter kan finnas såväl i asylärenden som i andra ärenden som handläggs enligt utlänningslagen. Se Prop. 2004/05:170 s. 243. Beakta också uppsatsens avgränsning.

¹³ Prop. 2004/05:170 s. 247.

I stora drag innebär förfarandet i kvalificerade säkerhetsärenden att frågan om utvisning tas upp på ansökan av Säkerhetspolisen och beslut meddelas av Migrationsverket som första instans, 2 § LSU. Migrationsverkets beslut enligt LSU får överklagas till regeringen, 2 a § LSU. När Migrationsverkets beslut i fråga om utvisning överklagas, skall verket skyndsamt lämna över handlingarna i ärendet till Migrationsöverdomstolen. Migrationsöverdomstolen fattar inte beslut i sakfrågan med undantag för 12 kap. 1, 2 eller 3 §§ UtIL, utan lämnar ett icke bindande yttrande till regeringen som fattar beslutet om utvisning skall ske eller inte.

Sverige är medlem i Europeiska unionen sedan 1 januari år 1995 och det finns ett viktigt direktiv som Sverige måste förverkliga inom ramen för sin nationella utlänningsrätt, nämligen Asylprocedurdirektivet¹⁴ som den Europeiska rådet antog den 2 december 2005.

Syftet med asylprocedurdirektivet är att fastställa tvingande miniminormer för medlemsstaternas *förfaranden* för beviljande eller återkallande av flyktingstatus, artikel 1. Direktivet innehåller ett antal grundläggande principer och garantier som medlemsstaterna skall uppfylla i de nationella asyLförfarandena.¹⁵ En ovillkorlig garanti, som skall studeras i detta arbete, är rätten till domstolsprövning som återfinns i artikel 39.1.

Frågan är härvid, huruvida asylprocedurdirektivet är tillämplig på kvalificerade säkerhetsärenden eller inte, eftersom artikel 39.1 asylprocedurdirektivet garanterar rätten till domstolsprövning men Sveriges nationella utlänningsrätt inte medger tillgång till domstolsprövning för kvalificerade säkerhetsärenden, således finns det en konflikt mellan Sveriges nationella utlänningsrätt och EU-rätten. En anslutande fråga som inställer sig är huruvida undantag från Asylprocedurdirektivets krav på domstolsprövning kan göras.

Lagstiftaren menar att undantag från kravet på domstolsprövning i asylprocedurdirektivet för kvalificerade säkerhetsärenden kan göras och grundar sitt ställningstagande på artikel 64.1 i fördrag om Europeiska unionen¹⁶, i fortsättningen, EG-fördraget, som numera är artikel 72 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, i fortsättningen FEUF.¹⁷ I beaktandesats 28 i asylprocedurdirektivet anges nämligen att direktivet i enlighet med artikel 64.1 i EG-fördraget inte påverkar medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten. Artikel 64.1 i EG-fördraget innebär en begränsning av EU:s kompetens när det gäller medlemsstaternas

¹⁴ Rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus.

¹⁵ SOU 2006:61 s. 12.

¹⁶ Rekommenderar Nils Wahl (red.), *Fördrag om Europeiska unionen*, fjärde reviderade upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm 2003.

¹⁷ Prop. 2009/10:31 s. 240.

ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten.¹⁸ Annorlunda uttryckt, även om EU har utfärdat regler inom migrations- och asylrätten, har medlemsstaterna exklusiv rätt att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten eftersom EU saknar kompetens härvid. Således kan undantag göras från EU-rätten, det vill säga, ett undantag från rätten till domstolsprövning enligt artikel 39.1 asylprocedurdirektivet med hänvisning till artikel 64 EG-fördraget.

Mot denna tolkning står ett antal, utifrån juridisk institutionellt perspektiv, starka remissinstanser med en avvikande mening.¹⁹ Remissinstanserna menar att artikel 64.1 i EG-fördraget inte kan tolkas på så vis att det går att göra undantag från rätten till domstolsprövning i asylprocedurdirektivet som är en ovillkorlig garanti.²⁰ Juridiska fakultetsstyrelsen remissyttrande²¹ som utarbetats av professor Gregor Noll menar därutöver att regeringens tolkning av artikel 64.1 EG-fördraget är *extensiv* i förhållande till den tolkning som gjorts i doktrinen. Regeringens tolkning går ut på att det finns en generell lagstiftningskompetens inom avdelning IV (vari artikel 64.1 EG-fördraget återfinns) som exklusivt tillkommer medlemsstaten. Gregor Noll menar att denna tolkning leder till att det blir oklart var gränsen mellan medlemsstaternas kompetens och EG:s kompetens går. Antingen artikel 64.1 eller avdelningen IV i EG-fördraget förs ad absurdum. Den korrekta tolkningen är, enligt Gregor Noll med stöd av doktrinen, att artikel 64.1 lägger vikt på själva utövandet av regeringens ansvar för avvärjandet av en konkret fara i en given situation.²²

¹⁸ Prop. 2009/10:31 s. 239.

¹⁹ Kammarrätten i Stockholm, Länsrätten i Skåne län, Lunds universitet, Juridiska fakulteten, och Sveriges Advokatsamfund, Prop. 2009/10:31 s. 235. Samtliga remissinstanser avstyrker av denna anledning förslaget på avvikande instansordning för kvalificerade säkerhetsärenden, se Prop. 2009/10:31 s. 236 f.

²⁰ Prop. 2009/10:31 s. 235.

²¹ Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet – ärenden med säkerhetsaspekter, Ju2008/10100/L7.

²² Yttrande, Dnr J 2008/770, Lunds universitet, juridiska fakulteten, professor Gregor noll, s. 1. Doktrinen som Gregor Noll hänvisar till är, Hailbronner, Treaty of Amsterdam.

1.2. Syfte

Som framgår ovan 1.1. bakgrund handläggs ärenden med säkerhetsaspekter enligt både Utl och LSU. Migrationsverket fattar beslut i första instans enligt båda lagarna. Möjligheten för den enskilde att få sin sak prövad av domstol i ärenden som rör myndighetsutövning utgör en grundläggande rättssäkerhetsgaranti i svensk rätt.²³ Vidare är rätten till domstolsprövning en ovillkorlig garanti enligt artikel 39.1 i Asylprocedurdirektivet. Syftet med detta arbete är tvåfaldigt, dels att undersöka den avvikande instansordningen i ljuset av rättssäkerhetsprincipen dels i ljuset av EU-rätten med utgångspunkt i asylprocedurdirektivet och analysera den rättsliga bärkraften av konstruktionen med avvikande instansordning och därmed klargöra huruvida lagstiftarens eller remissinstansernas tolkning bör ges företräde.

1.3. Frågeställningar

För att uppnå syftet med studien skall följande frågeställningar besvaras och ligga till underlag för den kritiska analysen:

- I. Är Asylprocedurdirektivets krav på domstolsprövning i artikel 39.1 tillämplig på kvalificerade säkerhetsärenden?
- II. Är undantaget från artikel 39.1 Asylprocedurdirektivet som Sverige har konstruerat genom LSU förenlig med EU-rätten?

1.4. Metod

Utlänningslagstiftningen hör till den speciella förvaltningsrätten. Vid studiet av utlänningslagstiftningen avser jag att använda mig av ett rättstatligt perspektiv som framför allt lägger vikt vid asylsökandens rättssäkerhet.

För att uppnå det första delsyftet med studien kommer jag av denna anledning att först definiera rättssäkerhetsprincipen. Därtill menar säkerhetspolisen att, om lagstiftaren inte tar hänsyn till förutsättningarna för deras verksamhetsutövande, kan säkerhetspolisen inte bedriva sin verksamhet.²⁴ Jag vill undersöka i vilken grad dessa, vad jag vill benämna, ”administrativa krav” för att underrättelseverksamheten skall fungera har fått inskränka den enskildes rätt till en rättssäker asylprövning. Mot bakgrund av att Säkerhetspolisen har ensamrätt på klassificeringen av säkerhetsärenden, är denna undersökning relevant.

²³ Prop. 2009/10:31 s. 237.

²⁴ Säkerhetspolisens remissyttrande, AD 006-13512-08, Prot. nr. 06/09 s. 1.

Slutligen, för att uppfylla det andra delsyftet kommer jag att utreda hur långt rätten till domstolsprövning är iakttagen i säkerhetsärenden i förhållande till kravet på domstolsprövning i artikel 39.1 Asylprocedurdirektivet. För detta ändamål avser jag att studera befintliga förarbeten och doktrin till UtIL samt LSU. Härvid skall jag studera asylprocedurdirektivet och doktrin samt rättsfall som belyser direktivet direkt eller indirekt.

Mot regeringens tolkning och argumentation kommer jag att ställa de remissinstanser som har anmält en avvikande mening under analysdelen. Härvid kommer en klarhet i tolkningsproblematiken av artikel 64.1 EG-fördraget (numera artikel 72 FEUF) utmejslas i analysen.

1.5. Avgränsning

Uppsatsen avgränsar sig till ärenden som klassificeras som säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden. Därvid inskränks ärendetyperna till asylsökanden i enlighet med Genèvekonventionen och alternativt skyddsbehövande i enlighet med Skyddsgrundsdirektivet även om säkerhetsärenden omfattar andra utlänningsärenden.

1.6. Disposition

Den fortsatta framställningen inleds med en genomgång av rättsstats- och rättssäkerhetsprincipen under "2. Rättsstats- och rättssäkerhetsbegreppet". Därefter behandlas utgångspunkterna i den svenska utlänningsrätten och förutsättningarna för att ett ärende skall klassificeras som ett säkerhetsärenden respektive kvalificerat säkerhetsärende, "3. Den svenska utlänningsrätten". Eftersom internationella konventioner och europeisk rätt påverkar det aktuella rättsområdet återfinns utgångspunkterna under "4. Internationell och Europeisk asylrätt". Under nyssnämnda rubrik återfinns också närmare undersökning av allmän ordning och säkerhetsartikeln, artikel 64 EG-fördraget (numera artikel 72 FEUF). Slutligen, under "5. Analys och resultat" återfinns min analys av studien och svaren på de uppställda frågeställningarna.

2. Rättsstats- och rättssäkerhetsbegreppet

2.1. Rättsordningens förutsättningar och problem

Det är i situationer där principer uppfattas som hinder mot *en önskad lösning* som principerna sätts på prov.²⁵ Professor Madeleine Leijonhufvud framhåller att, "[j]uristernas verkligt svåra uppgift kan således vara att visa hur principerna förhåller sig till varandra och hur de kan och ofta måste vägas mot varandra. [...] Det gäller inte bara att ha förstått dem utan också att bli kapabel att förklara dem och deras betydelse i en rättsstat."²⁶ Eftersom konstruktionen av säkerhetsärenden skall analyseras utifrån rättsstats- och rättssäkerhetsperspektivet kommer jag nedan beskriva rättsstats- och rättssäkerhetsbegreppet och vilka problem som finns.

Rättsstatstatsbegreppet (i betydelsen att den offentliga makten utövas inom en rättslig ram) och rättssäkerhetsbegreppet (i betydelsen att rättsliga beslut skall vara förutsebara för att skydda den enskilde mot godtycklig maktutövning) är samlingsbegrepp för olika värden²⁷ som objektet samhälle har att välja att eftersträva att uppfylla. Innan rättsstats- och rättssäkerhetsbegreppet behandlas skall en bakgrund ges för det sammanhang vari dessa begrepp aktualiseras och vilka problem som uppstår och fordrar beaktande i objektet samhälle.

Det är i ett komplext och dynamiskt objekt som betecknas "samhälle"²⁸ som rättssystemet, definierat som *ett system av rättsregler* enligt den så kallade rättspositivistiska tankemodellen, skall konstrueras inom. Förutsättningarna att konstruera rättssystemet, det vill säga, stifta lagar, kompliceras ytterligare av att det dels är osäkert vilka regler som skall följas och dels, även om rätt regel återfinns, hur denna skall tolkas och tillämpas i det enskilda fallet. Peczenik framhåller att rättssystemet aldrig är så fullständigt att

²⁵ Leijonhufvud, Etiken, s. 69. Den önskade lösningen vad gäller säkerhetsärenden är att regeringen vill behålla inflytande över beslutsprocessen trots att domstolsprövning borde vara det som gäller med beaktande av kravet på domstolsprövning enligt artikel 39.1 Asylprocedurdirektivet.

²⁶ Leijonhufvud, Etiken, s. 71.

²⁷ Frändberg (JT 2000/01) s. 273. Frändberg menar att de olika värdena kan harmonisera och/eller hamna i konflikt vid en avvägning men har det gemensamma att de går att återföra på ett gemensamt grundvärde: det värde som ligger i att den enskilda individen åtnjuter rättsligt skydd mot kränkningar genom den offentliga överhetens maktutövning.

²⁸ För att förstå komplexiteten kan följande citat vara vägledande; "[s]edan årtusenden har människor utarbetat teorier om vad det komplicerade objektet samhälle är för något. Den största och grundläggande frågan – så stor att många moderna samhällsvetare skyggar för den – lyder i all sin enkelhet; vad är det som egentligen håller samman ett samhälle? Vad är det för krafter som får människor att underkasta sig den ordning som varje samhällsliv i byn, i staden, i landet innebär? Det finns två slags svar. Enligt den ena är samhällets grundelement individen och individen accepterar samhället därför att det tillfredställer vissa grundläggande behov hos henne. Om samhället sviker den enskilde, kan den enskilde bryta upp ur gemenskapen. Enligt det andra svaret, är det gruppen, det lilla kollektivet som är byggstenen. Olika grupper kan sluta sig samman i större enheter. Individen framträder först i och ur gruppen. Individer socialiseras inte samhället – societas – kommer först. Ett samhälle kan däremot individualiseras. Detta är inte två teorier om samhället, utan ur dem kan en mängd teorier utvecklas." Liedman, Ett oändligt äventyr, s. 193.

varje enskilt fall kan avgöras med hjälp av klara och entydiga regler. Det finns ofta oklarheter, luckor och motsägelser samt obsoleta regler. Med Peczeniks egna ord: "Reglerna uttrycks genom språket och språkliga uttryck kan vara vaga, måntydiga eller motstridiga".²⁹

Trots ovissheten måste alla fall avgöras och varje rättsregel måste kunna ges ett tolkningsbart innehåll. Det är domarens uppgift att hitta balans mellan den stabilitet lagstiftningen eftersträvar att skapa och den vid tillämpningen nödvändiga flexibiliteten. Stabiliteten tillförsäkrar kontinuitet i samhällets utveckling och främjar likhet inför lagen samt leder till att tillämpning av lagen kan förutses. Förutsebarheten leder till att medborgaren kan planera sina handlingar och veta vilka följderna blir härav samtidigt som flexibiliteten leder till att utvecklingen i samhället inte stagnerar på grund av stela, svårtillämpliga och svårföränderliga lagar. Flexibiliteten, med Peczeniks ord, "anpassar lagen till livets krav."³⁰

Peczenik uttrycker också ovan nämnda spänning mellan förutsebarhet och ovisshet såsom spänningen mellan lagen och rättvisan. Han menar på att den extrema bokstavstolkaren tillämpar endast lagen (formellt) utan att tolka den och ser rättvisan i det enskilda fallet som en etisk egenskap med svag anknytning till det rättsliga beslut som skall fattas. Emellertid har utvecklingen sedan romerska rätten övergått till att även innefatta krav på rättvisa i det enskilda fallet, det vill säga, materiellt riktiga beslut. Peczenik skriver att "I det moderna rättstänkandet är det ännu viktigare att finna en balans mellan stabilitet och flexibilitet, annorlunda uttryckt, mellan lagens förutsebarhet och rättvisan i det enskilda fallet. Vi godkänner helt enkelt inte en lag eller rättstillämpningsakt i ett enskilt fall om dess resultat är oförutsebart *eller* klart och tydligt orättvist".³¹

Krav på materiellt riktiga beslut (krav på rättvisa) har dock skapat andra problem i det moderna rättstänkandet och rättstillämpningen. Eftersom lagar konstrueras abstrakt för att ge utrymme åt flexibilitet som skall tillgodose "livets krav" i det enskilda fallet, kan förutsebarheten vid regelns tillämpning gå förlorat. Här anger Peczenik 36 § AvtL om "oskäligen avtalsvillkor" som ett exempel. Denna generalklausul om oskäligen avtalsvillkor ger domaren utrymme att ta hänsyn till rättvisan i det enskilda fallet eftersom lagrummet täcker

²⁹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 43. För att ytterligare problematisera det sagda kan följande citat vara belysande; "Reglerna, som skall uttolkas ur den uppsättning texter som hänförs till rättskällorna, skall tillämpas på faktiska omständigheter, på verkligheten, och verkligheten är öppen, föränderlig och komplex. Vi kan också säga att verkligheten inte är språklig." Samuelsson & Melander, Tolkning, s. 52 f. "Enligt ett banalt uttryck kan 'en bild säga mer än tusen ord' men det omvända gäller också: ett enda ord kan vara uttrycksfullare än tusen bilder. Bilder får lätt en övertydlighet när de skall beledsaga en text. Medan ord ofta verkar genom sin nyansrikedom kan illustrationer förenkla och förgrova det sagda." Liedman, Ett oändligt äventyr, s. 75.

³⁰ Peczenik, Vad är rätt?, s. 44.

³¹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 44 f. Kursiverat här.

mångfacetterade fall och lämnar utrymme för (juridisk) argumentation och därmed en nyanserad tillämpning. Risken är att man överbetonar skälighetsargument och materiell jämlikhet vilket leder till att lagens grundläggande förutsebarhet hotas och därmed obstrueras möjligheten till planmässigt handlande; individen kan inte förutse tillämpningen. Med Peczeniks ord "Regelns ideologiska grund kommer då att innehålla motsättningar".³² Enligt min mening, följer den juridiska metoden och argumentationen en oskriven form som accepteras av juristsamhället. Detta i sig mildrar effekterna av exemplet ovan genom den förutsebarhet den juridiska metoden skapar. För att överhuvudtaget betecknas som juridisk argumentation behöver man rättsligt stöd av någon form. Rättsligt stöd har man först när man kan härleda den åberopade regeln till rättsordningen och den rättskällelära som godtas i juristsamhället.³³

Samhällsutvecklingen går därtill fort och detta leder till att dess struktur är alltmer komplicerat. Om rättsordningen inte anpassas till förändrade förhållanden är risken överhängande att den blir utvecklingens bromskloss. Ett dynamiskt samhälle fordrar flexibla regler eftersom det är rationellt att välja effektiva lösningar till ett önskat resultat. Rättsordningen får inte hindra denna rationella effektivitetssträvan.

Den moderna rättens utveckling för med sig problem såsom otillbörlig påverkan, korporativism, byråkratisering, överreglering samt försvagning av rättens inre sammanhang (jämför exemplet ovan med 36 § AvtL). Politiska beslutsfattare löper risken för att otillbörligt påverkas av olika särintressen. Det skapas också korporationer, till exempel arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer som också dominerar politiken. Vidare är det inte bara samhällsutvecklingens komplexitet som ökar, det gör även förvaltningens struktur vilket leder till att beslutanderätten överflyttas från riksdagen till experter och professionella politiker.³⁴

Det finns många konsekvenser av ovan beskrivna problem som den moderna staten har att ta ställning till, men den viktigaste konsekvensen är den påverkan som kan ske på *legitimiteten*. I ett välfungerande samhälle har rättsordningen en hög legitimitet.³⁵ Peczenik pekar på att begreppet är mångtydigt men att huvudbetydelsen innebär att normerna,

³² Peczenik, Vad är rätt?, s. 45.

³³ Samuelsson & Melander, Tolkning, s. 17 och 30.

³⁴ Petersson, Statsbyggnad, passim och Peczenik, Vad är rätt?, s. 48.

³⁵ Peczenik, Vad är rätt?, s. 47.

institutionerna och fattade beslut godtas av medborgarna. Annorlunda uttryckt har medborgarna förtroende för rättsordningen och de produkter som emanerar från denna. Emellertid är många av dessa produkter komplicerade och berör inte alla medborgare. Komplexiteten gör att många inte förstår produkternas innehåll eller slutmål och när det inte berör medborgaren själva har de inte anledning att rationellt diskutera beslutens innehåll. Berör produkten och dess innehåll medborgaren ställs andra krav på legitimiteten, exempelvis om en intresseorganisation såsom löntagarorganisation, får som de eftersträvar anser de att beslutet har en hög legitimitet.³⁶

I vardagslivet är legitimiteten avhängig medborgarnas "[s]ociala medvetenhet och deras värdeskalor och värderingar. I detta hänseende kan man också säga, att legitimiteten är etisk till sin natur. Om normeringen inte motsvarar denna »ideologi« uppkommer det förr eller senare ett tryck mot förändring. Om det är fråga om domstolsavgöranden så kan domstolarna på lång sikt förlora åtminstone en del av sitt ursprungliga förtroende".³⁷ En intellektuell person inser snabbt vilka problem det sagda kan skapa mellan upplysta institutioner i samhället och deras eftersträvan att genomföra en upplyst politik och desinformerade enskilda som dels inte berörs och dels inte förstår slutmålet med politiken.

I de fall produkterna inte berör eller diskuteras, måste systemets produkter ändå godkännas. I dessa fall är medborgarna lojala mot hela systemet eftersom det råder ett allmänt systemförtroende. Med Peczeniks ord grundar sig "[r]ättens godtagbarhet och systemets trovärdighet [...] endast på det faktum att stadgade former följts noggrant."

En väl fungerande demokrati³⁸ fordrar öppenhet eftersom detta är grundförutsättningen för kontroll som i sin tur är grundförutsättning för legitimitet. Om domstolen inte öppet redovisar sina skäl för ett visst avgörande kan den inte förvänta sig legitimitet av medborgarna. Här pekar Peczenik på att legitimitetsproblematiken sammanhänger med rättsäkerhetsprincipen eftersom öppenhet möjliggör kontroll, kan medborgarna själva undersöka att besluten fattas inom en rättslig ram, även om de inte godtar beslutet. Därmed blir maktutövningen förutsebar, icke godtyckligt och främjar rättens legitimitet.³⁹

³⁶ Peczenik, Vad är rätt?, s. 48.

³⁷ Peczenik, Vad är rätt?, s. 49.

³⁸ Nota bene, Peczenik, Vad är rätt?, s. 64, "Demokrati begreppets tillämpningsområde".

³⁹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 49.

2.2. Rättsstatsbegreppet

I sin ideala form förutsätter rättsstaten att den offentliga makten⁴⁰ utövas inom en rättslig ram. På så vis blir maktutövningen förutsebar med stöd av rättsreglerna (rättsystemet) och maktutövningen blir inte godtyckligt. Vidare förutsätter rättstaten att även maktutövningens regleras av rättsnormerna. Detta är ett krav på att medborgarna inte bara skall veta vem som skall utöva makten utan även hur den kommer att utövas.⁴¹ Annorlunda uttryckt garanterar rättsstaten att ingen står ovanför lagen.

I den rättstatliga ideologin är rätten överordnad politiken. Objektivitet och värdeneutralitet ses som rättstatliga riktmärken och idealen vid rättstillämpningen. Den som tillämpar lagarna anses inte vara politiskt legitimerad, det vill säga, de skall inte ha rätt att bedriva egen politik utan endast avspegla de politiska värdeval som ligger till grund för lagstiftningen.⁴²

Den främsta uppgiften som tillmätts rättstatskonstruktionen är att förhindra okontrollerad statlig maktutövning och istället tillförsäkra medborgarna ordning och frihet.⁴³ En stark statsstat kan åstadkomma ordning, reda och social trygghet för den enskilde men det är på den enskildes bekostnad eftersom syftet med att begränsa och kontrollera statsmakten är att tillförsäkra individens (ett minimum av) mänskliga rättigheter⁴⁴ samt fri- och rättigheter från en auktoritär styrelsesätt eller despoti. För att åstadkomma detta krävs att den statliga maktutövningen sker under lagarna (the laws is the ruler over the rulers⁴⁵). Detta skapar legitimitet för systemet och förutsebarhet för den enskilde att handla efter. Rättstaten bygger således på liberalistiska tankegångar med frihetsidealet som det grundläggande.⁴⁶

Kravet på rättsäkerhet är nödvändigt för att uppnå den önskade friheten i rättsstaten. I rättstaten gäller det, som ovan nämnts, att finna balans mellan förutsebarhet och rättvisa, med andra ord, att söka tillfredställa både den formella likheten inför lagen och den

⁴⁰ Peczenik pekar på att maktbegreppet är omstritt och söker definiera begreppet. Han pekar därvid på att det går att göra åtskillnad mellan faktisk makt och normativ makt, se Peczenik, Vad är rätt?, s. 50. Jag kommer att utgå från statsmakten, det vill säga, "statens" (i utvidgat mening) effektiva makt såsom lagstiftare. Att ha makt över andra människor är att ha inflytande över reglerna som måste följas i samhället. För förenklad version av maktbegreppet se Samuelsson & Melander, Tolkning, s. 20.

⁴¹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 50.

⁴² Vahlne, Den starka statens fall?, s. 34.

⁴³ Vahlne, Den starka statens fall?, s. 36.

⁴⁴ Peczenik, Vad är rätt?, s. 60. "Övriga" mänskliga rättigheter och medborgerliga fri- och rättigheter samt den klassiska maktodelningsläran fördjupar (förbättrar) den utvidgade demokratin och är givetvis önskvärd, dock ej nödvändig betingelse för rättstatens existens, se Peczenik, Vad är rätt?, s. 61.

⁴⁵ Vahlne, Den starka statens fall?, s. 40, för en fördjupad förståelse av rättstatens maktodelning och Peczenik, Vad är rätt?, s. 55.

⁴⁶ Jämförelsevis med Montesquieus kloka ord, "För att makten inte skall kunna missbrukas, ligger det i sakens natur att makt måste hejda makt". Montesquieu, Om lagarnas anda, s. 110.

materiella rättvisan i det enskilda fallet. Förutsebarheten är rättstatens viktigaste ideologi och rättsnormernas roll som styrningsinstrument, rättstatens viktigaste politik.⁴⁷ Rättsstatens syfte är att tillhandahålla grundprinciper för den statliga styrningen, medborgarnas liksom statens efterlevnad av lagreglerna garanteras genom att rättstaten tillhandahåller ett formellt processuellt system av kompetensbärande institut.⁴⁸

Avslutningsvis skall pekas på problem som Peczenik bedömer som "ännu viktigare".⁴⁹ Ovan har rättsstatsbegreppet beskrivits utan hänsyn till dess godtagbarhet ur ett etiskt perspektiv, av denna anledning är det *den formella rättsstaten* som har beskrivits. Peczenik pekar på att de för rättstaten karaktäristiska dragen som behandlats ovan inte är de enda värdefulla i vårt samhälle utan det finns andra bedömningsskäl och olika bedömningsskäl, ställt mot varandra, kan förlora vid en prioritering. Med Peczeniks ord: "Det slutgiltiga omdömet måste bygga på en avvägning och sammanjämkning mellan flera skäl, sammanbundna med olika värdeladdade begrepp, såsom rättstat, demokrati, rättsäkerhet m fl. Rättstatens normsystem är nämligen *inte* legitimt om det genomsyras av stora orättvisor. Den legitima rättstaten måste visa respekt för ett minimum av mänskliga rättigheter och medborgerliga fri- och rättigheter."⁵⁰ Peczenik argumenterar sålunda för *en rättsstat i materiell mening*; "[p]å så vis leder t.e.x. tesen att Sverige är en rättsstat i materiell mening logiskt till slutsatsen att den svenska rättsordningen innehåller institutionella garantier för vissa grundläggande fri- och rättigheter".⁵¹

⁴⁷ Vahlne, Den starka statens fall?, s. 38.

⁴⁸ Vahlne, Den starka statens fall?, s. 47.

⁴⁹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 60.

⁵⁰ Peczenik, Vad är rätt?, s. 60. Kursiverat här.

⁵¹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 61.

2.3. Rättssäkerhetsbegreppet

Rättssäkerhetsbegreppet är ett problematiskt begrepp⁵² som används av såväl jurister som icke jurister i mångfasetterade sammanhang, och ibland motsägelsefullt eftersom termens begrepp innehåller andra termer ("samlingsterm") som felaktigt används *synonymt*.⁵³ En fördjupad analys av begreppet visar att en given betydelse inte finns.⁵⁴ Av denna anledning finns det skäl att analysera pågående rättsvetenskapliga forskningen och rättsdebatten eftersom om man " [...] [v]ill [...] ha ett begrepp "rättssäkerhet", som kan vara till nytta i seriös rättsdebatt, får man lov att bestämma sig för en mer preciserad betydelse av ordet i fråga."⁵⁵ Detsamma gäller om man vill analysera en rättslig konstruktion i en uppsats. Detta är syftet med föreliggande avsnitt som sedermera avslutas med en sammanfattning av rättssäkerhetsbegreppet och ett försök att bestämma begreppet inom asylrätten.

Det är främst i doktrinen som rättssäkerhetsbegreppet diskuteras. De frågor som utreds är *vad* som skall säkras, tryggas och skyddas eller *hur* säkerhet uppnås, trygghet skapas och skydd *meddelas*, det vill säga om det sker på "rättslig" väg. Frågan är också mot vem säkerheten, tryggheten och skyddet skall gälla – mot staten och/eller mot andra medborgare – och om det finns några skillnader mellan begreppen i dessa hänseenden.⁵⁶ Det har också bildats två uppfattningar om rättssäkerheten varav den ena uppfattningen förespråkar en renodlad rättssäkerhetsbegrepp i betydelsen förutsebarhet i rättsliga angelägenheter och den andra uppfattningen som förespråkar ett rättssäkerhetsbegrepp som gör distinktion mellan formell och materiell rättssäkerhet.

Normen är att "rättskipning och myndighetsutövning i en demokratisk rättsstat bör vara förutsebara".⁵⁷ Förutsebarheten anges därmed vara rättsäkerhetens väsentliga innehåll, det vill säga att rättskipningen och myndighetsutövningen i en demokratisk rättsstat är förutsebar med stöd av rättsreglerna.⁵⁸ Som ovan återgavs från professor Lotta Vahlne Westerhäll är förutsebarheten rättsstatens viktigaste ideologi och rättsnormernas roll som styrningsinstrument, rättsstatens viktigaste politik. Annorlunda uttryckt av Peczenik tillhör förutsebarheten demokratins och rättsstatens grundvärden.⁵⁹

⁵² Lindblom (SvJT 1999 s. 617) s. 642.

⁵³ Lindblom (SvJT 1999 s. 617) s. 642.

⁵⁴ Frändberg (JT 2000/01) s. 271.

⁵⁵ Frändberg (JT 2000/01) s. 271.

⁵⁶ Jämför Lindblom (SvJT 1999 s. 617) s. 642 f.

⁵⁷ Peczenik, Vad är rätt?, s. 90.

⁵⁸ Peczenik, Vad är rätt?, s. 89 f.

⁵⁹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 90.

Rättssäkerhetsbegreppet används som ett samlingsbegrepp vilket sammanfattar ett antal framför allt straffprocessuella men även vissa förvaltningsrättsliga principer och Peczenik menar också på att rättssäkerheten är rättstillämpningens övergripande mål.⁶⁰ Graden av förutsebarhet (mindre – större) avgörs enligt Peczenik "[v]id i övrigt oförändrade omständigheter"⁶¹, av följande faktorer:⁶²

- Ju exaktare och generellare rättsreglerna är
- Ju bättre dessa regler återspeglar idealet om likhet inför lagen
- Ju långsammare reglernas förändringstakt är
- Ju fler statliga beslut som bestäms av sådana regler
- Ju öppnare rättsreglernas innehåll och rättstillämpningspraxis är för allmänhetens insyn
- Ju större den oavhängighet är som domstolarna åtnjuter
- Ju effektivare det ansvar är som åvilar makthavarna
- Ju mindre beroende rätten är av andra samhällsliga normer och institutioner
- Ju bättre den juridiska argumentation som stöder rättsreglernas tolkning och tillämpning är

Peczenik gör också en skillnad mellan rättsäkerhetskrav å ena sidan och rättssäkerhetsgarantier å andra. Han menar att andra krav, som inte språkligt omfattas av förutsebarhetskravet, som ju är det väsentliga innehållet i rättsäkerhetskravet, istället skall omfattas såsom rättsäkerhetsgarantier, till exempel fria och oavhängiga domstolar endast bundna av lag, rätt till domstolsprövning av tvångsåtgärder, ingripande endast med stöd av klar och tydlig lag, ej lagstiftning om enskilda fall eller enskilda personer, förbud mot retroaktiv lag, krav på full bevisning.⁶³ Dessa garantier syftar bland annat till att rättsäkerhet uppnås och upprätthålls.⁶⁴

Claes Beyer pekar också på att, till exempel, rätten till domstolsprövning som uppfattas som en central del av rättssäkerheten, inte kan hänföras till rättssäkerhetsprincipen utifrån förutsebarheten.⁶⁵ Claes Beyer visar på att rättssäkerhetsprincipen har, vad jag vill framställa som, en "andra sida" som han benämner som "säkerhetsmarginalen" (jämför Peczeniks "rättssäkerhetsgarantier"). Så som jag uppfattar Beyer, menar han på att de principer och krav som uppfattas av jurister som viktiga element i rättssäkerhetsprincipen men som inte

⁶⁰ Peczenik, Vad är rätt?, s. 91 f.

⁶¹ Citat är från Peczenik och med det sagda avser han att förutsebarheten inte kan vara det enda värde som vi har att ta ställning till, utan det finns andra (etiska) värden som kan vinna vid en "tävling". Resultatet av denna process vari etiska värden viktas mot varandra kallar Peczenik för "den materiella rättssäkerheten". Något som Åke Frändberg har invändningar emot. Behandlas längre ner.

⁶² Peczenik, Vad är rätt?, s. 51 f.

⁶³ Se Peczenik, Vad är rätt?, s. 90 och hänvisningen till Prop. 1984/85:32 s. 36 ff.

⁶⁴ Lindblom (SvJT 1999 s. 617) s. 644 f. Jämför Frändberg (JT 2000/01) s. 275 ff.

⁶⁵ Beyer, Rättssäkerhet, s. 22 f.

kan förklaras eller härledas utifrån dess innersta väsen, förutsebarheten, är hänförliga till säkerhetsmarginalen som syftar till en annorlunda trygghet, som innebär att vissa bestämda livsvärden tryggas i samhället. Enligt min mening är Peczeniks begrepp, rättssäkerhetsgarantier mera träffande eftersom det dels visar att de tillhör rättsäkerheten ("rättssäkerhets – garantier") och att det handlar om ett tryggande – garanti – av vissa livsvärden. Dessa livsvärden är, bland andra, de som skyddas av de mänskliga rättigheterna. Härvid "[s]pela[r] [det] mindre roll hur man uppfattar de mänskliga rättigheterna och om häri ligger ett naturrättsligt färgat resonemang eller ej. Ur svensk synpunkt kan resoneras de lege lata, dels med hänsyn till innehållet i svensk grundlag, dels med beaktande av Sveriges ratificerade Europeiska Konventionen om de Mänskliga Rättigheterna."⁶⁶ Peczenik menar på att en högre abstraktionsnivå erfordras, därför talar han istället om "etiska värden".⁶⁷

Claes Beyer visar på ett belysande sätt hur man rent systematisk kan se på mänskliga rättigheter; det finns vissa grundläggande livsvärden av stor betydelse för alla människor. Dessa livsvärden, mänskliga rättigheter, skyddas av konventioner och grundlag. Dessa livsvärden är antingen absoluta eller så får inskränkningar göras men i vare sig grundlag eller konventioner har det visat sig vara ogörligt att uppställa måttstockar och begränsningar. Istället har man uppställt formkrav när det gäller ingrepp i dessa livsvärden där man reglerar vem som skall besluta (krav på domstolsprövning), tidsgränser (snabba avgöranden), hur beslutande instans får sättas samman et cetera. Dessa formkrav innehåller just mycket av det vi kallar för rättsäkerhet.⁶⁸

Claes Beyer exemplifierar det sagda med följande. När det gäller skyddet för envars privat- och familjeliv, hem och korrespondens står det i 38 st. 2 i den Europeiska Konventionen om mänskliga rättigheter, att offentlig myndighet inte får störa åtnjutandet av denna rättighet med undantag för vad som i ett demokratiskt samhälle är nödvändig med hänsyn till landets yttre säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande, förebyggandet av oordning eller brott, skyddandet av hälsa eller moral eller av andra personers fri- och rättigheter. Om statsmakterna är oförhindrade att ingripa i privat- och familjelivet, hemmet och korrespondensen för att vidtaga åtgärder som anses nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande och förebyggandet av oordning, är det uppenbart att skyddet för privatlivet blir ganska illusoriskt. Emellertid

⁶⁶ Beyer, Rättssäkerhet, s. 24.

⁶⁷ Peczenik, Vad är rätt?, s. 92.

⁶⁸ Beyer, Rättssäkerhet, s. 24 f.

står det också i Europakonventionen artikel 3 8 st. 2 att "offentlig myndighet må icke störa åtnjutandet av denna rättighet med undantag för vad som är *stadgat i lag och i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt* [...]".

Där preciseras sålunda att myndigheterna för att kunna ingripa, inte bara måste kunna åberopa några av de sakliga skäl som förut nämndes utan måste också kunna åberopa en lag till stöd för sitt handlande och vara nödvändig. Detta rent formella krav är ett typiskt rättssäkerhetskrav och torde, enligt Beyer, också vara av väsentligt större betydelse än den långa uppräkningsen av för vilka syften undantag får göras. I förhållande till de livsvärden som skyddas genom konventionerna om de mänskliga rättigheterna uppställs formella krav av olika slag. Det är svårt att i en konvention om mänskliga rättigheter precisera för vilka ändamål en människa får berövas friheten. Istället preciserar man att ett sådant beslut endast får fattas av domstol. Vidare preciserar man att domstolen i sin tur bara får fatta beslutet om det finns lagstöd för det. Vidare ställer man vissa krav på domstolen om opartiskhet, offentlighet med mera. Vidare ställer man vissa krav på lagen. Den måste vara tydlig, den får inte avse enskilda fall, den får i vissa hänseenden inte göras retroaktiv.⁶⁹

Av denna anledning har advokatsamfundet i sitt rättsäkerhetsprogram⁷⁰ i ett försök att begreppsmässigt definiera rättsäkerheten skrivit: "Rättsäkerheten är alltså snarare den samhällseliga ingenjörskonsten som skall skydda de mänskliga rättigheterna än lika med dessa rättigheter själva."⁷¹ Annorlunda uttryckt, de olika rättssäkerhetskraven, uttryckt i formella krav i relation till respektive värde, skyddar de livsvärden som är skyddsvärda från att vara "illusoriska" i tillämpningen. Dessa formella krav som Beyer beskriver, uppfattar jag som de rättssäkerhetsgarantier som inte kan härledas till förutsebarheten men som *också* upprätthåller förutsebarheten. Det sagda, och citatet från advokatsamfundet kan därför ses som en "utvidgat rättssäkerhetsperspektiv"⁷²; snävt är de egentligen med Peczeniks ord, rättssäkerhetsgarantier. Som exempel kan jag anföra Asylprocedurdirektivet som just anses innehålla *rättssäkerhetsgarantier* för asylsökanden i förhållande till överheten i asyllandet.

Det är sålunda omstritt om rättsäkerhetsbegreppets väsentliga innehåll också omfattar andra krav som inte kan förklaras enbart med hänvisning till kravet på förutsebarhet. Vissa

⁶⁹ Beyer (JT 1990/91) s. 396 för hela exemplifieringen.

⁷⁰ Sveriges advokatsamfunds rättsäkerhetsprogram, antagen av styrelsen i maj 1988.

⁷¹ Beyer, Rättssäkerhet, s. 24 f.

⁷² Claes Beyer pekar också i sin analys på att det genom säkerhetsmarginalen kan talas om en "utvidgat rättssäkerhetsbegrepp" eftersom den går utanför rättssäkerhetsbegreppets kärna, förutsebarhet. Beyer har dock inga invändningar mot att till exempel rätten till domstolsprövning skall ses som ett rättssäkerhetsintresse eftersom han anser att användandet av rättssäkerhetsbegreppet på detta utvidgade sätt är välmotiverad såväl etymologiskt som värderingsmässigt, se Beyer, Rättssäkerhet, s. 36.

rättsteoretiska arbeten betraktar rättsäkerhet som identisk med förutsebarhet.⁷³ Peczenik pekar på att förutsebarheten inte kan vara *det enda värde* som skall iakttas av rättstillämpningen utan att även andra etiska värden iakttas. Peczenik menar att det är få jurister som inte godtar *en etisk*⁷⁴ *tolkning* av rättsregler och att en sådan tolkning innebär att den på lagen baserade förutsebarheten jämkas samman med andra etiska värden.⁷⁵ Resultatet av denna sammanjämningsprocess kallar Peczenik för "den materiella rättssäkerheten".⁷⁶ Peczenik framhåller att begreppet "materiell rättsäkerhet" innehåller fem komponenter. Det fordras att (a) beslutet (b) som innebär rättsskipning eller myndighetsutövning är (c) i hög grad förutsebara (d) med stöd av rättsnormerna och parallellt (e) i hög grad etiskt godtagbara.⁷⁷

Peczenik menar att valet mellan den formella och materiella rättssäkerheten är beroende av huruvida lagen kontinuerlig anpassats till nya falltyper och är synkroniserat till samhällets krav och verklighet, om så är fallet kommer den formella rättssäkerheten *medföra* den materiella rättssäkerheten vid tolkning av lagen. Däremot, om det finns ett glapp mellan lagen vid en bokstavstolkning (legalitetsprincipens krav) och verkligheten, behövs den materiella rättssäkerheten för att korrigera glappet.⁷⁸ Valet mellan att välja den formella kontra den materiella rättssäkerheten består sålunda i hur nära (Peczenik skriver "tillräcklig")⁷⁹ samhället ligger rättssäkerhetsidealet alternativt hur långt den är ifrån denna.

Mot denna distinktion mellan formell och materiell rättssäkerhet har Åke Frändberg en avvikande mening.⁸⁰ Rättsdebatten mellan Peczenik och Lindblom å ena sidan samt Jareborg och Frändberg å andra sidan handlar om huruvida den av Peczenik lanserade materiella rättssäkerheten är övertygande eller om man skall stanna kvar vid den klassiska tolkningen

⁷³ Peczenik, Vad är rätt?, s. 90. Frändberg är en anhängare av denna mening, se Frändberg (JT 2000/01) passim.

⁷⁴ Etiska hänsyn bottnar konsekvent i att något är bra eller inte bra för människor. Allehanda värderingar av socialpolitisk, ekonomisk, fördelningspolitisk och styrpolitisk natur är etiska i den bemärkelsen att de handlar om vad som är gott eller ont för människor. Se Vahlne, Den starka statens fall?, s. 38 och Peczenik, Vad är rätt?, s. 93 som vidare skriver att; "[e]tiska värdeomdömen innebär att något är bra eller illa (gott eller ont) och de gör ingen skillnad mellan den talande och andra människor. [...] I detta samband måste följande distinktion beaktas. Vissa omdömen innebär att någon eller något är bra för ett visst ändamål, t.ex. att en god kniv skär väl. Många filosofer anser emellertid att ändamålet med etiska handlingar inte kan definieras exakt. En etisk handling är god för människor. Den är »god överhuvudtaget«. Svåra teoretiska frågor uppstår framför allt i samband med den senare betydelsen av ordet »god«." Peczenik, Vad är rätt?, s. 93 f. Leijonhufvud skriver belysande att "[m]ed etik avses en kategori av egenskaper hos en verksamhet, egenskaper som i högre eller lägre grad kan prägla verksamheten. I viss utsträckning är det fråga om krav som inte kan efterges utan att verksamheten förlorar sin legitimitet. Så är definitivt fallet med verksamhet på det rättsliga området. Utan en viss grad av etik i en juridisk verksamhet uppfyller denna inte kraven för en sådan verksamhet i ett samhälle som gör anspråk på att vara ett rättssamhälle. [...] Medan man med moral avser en absolut syn på vad som är rätt och inte rätt, uttrycker etik ofta något relativt - i den bemärkelsen att den relateras till en verksamhet. En annan sak är att de etiska avvägningar som görs vid regleringen och bedömningen av en verksamhet tar sin utgångspunkt i något absolut, en moral med den här använda terminologin." Leijonhufvud, Etiken, s. 13 f.

⁷⁵ Peczenik, Vad är rätt?, s. 91.

⁷⁶ Peczenik, Vad är rätt?, s. 94 f.

⁷⁷ Peczenik, Vad är rätt?, s. 94.

⁷⁸ Peczenik, Vad är rätt?, s. 98.

⁷⁹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 98.

⁸⁰ Frändberg (JT 2000/01) s. 270.

av rättssäkerhetsbegreppet såsom allenast förutsebarhet i rättsliga angelägenheter. Frändberg pekar på att distinktionen dels kan ha en deprecierande verkan eftersom ett "formellt" värde är något som är av mindre värde framför något som är "materiell". Och dels, enligt min mening mera relevant att utreda, pekar Frändberg på svaghet i Peczeniks "Hitlerargument", som Peczenik framlägger för att visa på att förutsebarheten kan jämkas med andra etiska värden. Peczenik menar att; "[t]yska judar under Hitlers välde kunde på grund av då gällande lagar lätt förutse att de skulle komma att förföljas, men det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet".⁸¹

Detta skulle innebära att det kan föreligga förutsebarhet grundad på rätten utan att det föreligger rättssäkerhet. Frändberg ställer sig frågande om Peczeniks argument är övertygande av denna anledning och citerar Jareborg som han istället instämmer i; "Godtar man att det kan finnas moraliskt 'dålig' juridisk rätt, är det inget absurt i att rättssäkerhet kan innebära att det är förutsebart att man av staten legalt behandlas på ett sätt som inte är moraliskt godtagbart. Det som är 'absurt' är rättens innehåll, inte rättssäkerhetsbegreppet."⁸² Frändberg pekar för egen del på att exemplet med Hitlerargumentet istället väcker frågan om förhållandet mellan det värde som kan kallas rättstrygghet, det vill säga att den enskilda individen är skyddad mot statlig våldsanvändning, och värdet av rättssäkerhet i den av honom förordade betydelsen.⁸³

Frändberg menar på att rättssäkerheten är en speciell, mera begränsat förutsebarhet som han betraktar som *legal förutsebarhet*. Likväl undkommer han inte komplexiteten av att det även här är fråga om förhållandet mellan värden.⁸⁴ Frändberg pekar på att värden, då de kolliderar med varandra kan det ena värdet offras. Uppoffringen kan kränka, "förråda", uppoffrade värdets innehåll trots att det värdet upprätthålls. Det sagda exemplifieras med följande; "[a]ntag att en demokratiskt vald församling får för sig att tillåta tortyr av individer tillhörande någon viss minoritet och stiftar lagar av denna innebörd. Hur skall förhållandet mellan värdet av demokrati och värdet av rättstrygghet, liksom mellan demokrati och rättslighet, beskrivas i detta fall? I detta exempel offras rättstryggheten medan rättssäkerheten upprätthålls. I det andra offras rättstryggheten och rättsligheten medan

⁸¹ Peczenik, Vad är rätt?, s. 97.

⁸² Jareborg, Straffrättsideologiska fragment, 1992, s. 90 återgiven i Frändberg (JT 2000/01) s. 271.

⁸³ Frändberg (JT 2000/01) s. 272. På samma sida pekar Frändberg också på farhågan hos eventuellt Peczenik och andra, att rättssäkerhetsbegreppets (förutsebarhet) positiva värdeladdning på ett eller annat sätt skulle kunna medverka till att i viss mån urskulda vidrigheter, utförda av staten på ett legalistiskt förutsebart sätt, ehuru någon sådan avsikt inte alls föreligger. Emellertid menar han på att så länge man är tydlig med rättssäkerhetsbegreppet såsom strikt legal förutsebarhet och förklarar hur man tänker – särskilt för icke jurister – är begreppet rättssäkerhet som Frändberg förordar, mera träffande. Särskilt med beaktande av Jareborgs ord som citeras ovan.

⁸⁴ Frändberg (JT 2000/01) s. 272.

demokratin upprätthålls. [...] Vad är det hos demokratin, som skulle göra tortyren smakligare än om den påbjuds av en diktator? Ingenting. Kränkandet av rättstryggheten och rättslikheten har förrått demokratin i den del den tjänar sådana syften, hur lojalt demokratin än upprätthålls.”⁸⁵

Frändberg menar alltså på att rättstatsideologin enbart uppställer rättssäkerhetskrav i betydelsen förutsebarhet i rättsliga angelägenheter. För att denna rättsäkerhet skall råda finns det tre nödvändiga krav som måste vara uppfyllda. För det första krävs (A) rättssystemet har klara och adekvata regler. Men det spelar ingen roll hur klara och adekvata reglerna är om de inte är tillgängliga, av denna anledning är det andra villkoret (B) att reglerna är publicerade och lättillgängliga. För att de två nämnda kraven skall uppfylla sitt syfte behövs för det tredje (C) att tillämpningen av reglerna sker lojalt och korrekt, annars kan man ju inte lita på reglernas innehåll innan man företar eller underlåter en handling.⁸⁶

Frändberg analyserar sedan de tre kraven med utgångspunkt i typiska defekter som de innehåller, vilka kan utnyttjas av ”illvillig eller förvirrad överhet”. Av analysens resultat framgår därvid att omsorgen för rättsäkerheten vilar såväl på lagstiftaren som rättstillämparen.⁸⁷ De typiska defekter som Frändberg identifierar i respektive kategori (som jag inte närmare berör) är:

- A. (1) rättsbrist på något viktigt socialt rättsområde, (2) Att de regler som finns är vaga, dunkla, mångtydiga, komplicerade eller försedda med latituder, eller att de står i strid med varandra (regelkollision eller konkurrens).
- B. (1) Att rättsinnehållet över huvud taget inte är publicerat, eller att det visserligen är publicerat men (2) svårt att få tillgång till.
- C. (1) Att myndigheterna inte kan upprätthålla rättsordningen – även om de kanske vill och också försöker göra detta. (2) Att rättsordningen perverteras av myndigheterna. (3) Att lagar ges retroaktiv verkan. (4) Att lagar ständigt ändras med kort eller rentav inget varsel, dvs. rättsmanipulering. Rättssäkerhet förutsätter ett elementärt mått av ”rättslugn”. (5) Att man inte tillerkänner domar rättskraft. Ty om domar ständigt kan omprövas, kan man ju aldrig lita på ett rättsläge, även om detta konstituerats av en dom.⁸⁸

⁸⁵ Frändberg (JT 2000/01) s. 272 f.

⁸⁶ Frändberg (JT 2000/01) s. 274.

⁸⁷ Frändberg (JT 2000/01) s. 275.

⁸⁸ Frändberg (JT 2000/01) s. 275 ff.

Mig veterligen har Peczenik inte bemött Frändbergs kritik. Frändberg menar alltså på att ett värde kan upprätthållas men att den kan förrådas av att ett annat värde får större utrymme vid en konflikt. Frändberg måste förstås med den snäva tolkningen av rättssäkerhet han förordar. Frändberg pekar också på att om förutsebarheten kan ge vika vid konflikt med ett annat värde måste även värden som likhet inför lagen och individens trygghet gentemot staten vad avser dess tvångs- och våldsanvändning, och även rättvisan, vara formella moraliska värden, eftersom också de kan få vika för andra värden i en avvägningssituation.⁸⁹

Enligt min mening är det förvisso riktigt såsom Frändberg argumenterar, att om man vill tala tydligt, och utifrån rättssäkerhetsbegreppet i betydelsen förutsebarhet i rättsliga angelägenheter, så rådde det rättsäkerhet i Hitlers Tyskland baserat på lagarna och jag förstår även Frändbergs inlaga om att rättssäkerheten härvid var kränkt av lagarnas omoraliska innehåll. Men jag menar på att det är av större nytta att konstatera hur "mycket" rättssäkerheten är upprätthållen (mindre – större) framför att tala "mera förrått" och "mindre förrått". Eftersom man härvid kan fråga sig vad som istället har fått ta plats för rättsäkerheten. Om någonting förråtts, måste något annat (värde eller rent egoistiska krav från överheten) ta dess ställe alternativt lämnats icke uppfyllt.⁹⁰

Det är därför mera ändamålsenligt – utifrån rättsstatsbegreppets grundläggande syfte – att istället tala om att rättssäkerheten är mer eller mindre och härvid kan man stanna vid slutsatsen att rättssäkerheten i Hitlerstyskland var så pass lite att den egentligen inte existerade.⁹¹ Rättsstatens grundläggande syfte är, som ovan redovisades, att den offentliga makten utövas inom en rättslig ram och att rättstillämparen är objektiv och värdenneutral med reservationen att rättstillämparen lojalt följer de lagar som i sig innehåller de politiska värdeval som har gjorts, det vill säga, lagen i sig har etiska värden som lagstiftaren valt att upphöja/inkludera till/i lag, inte tillämparens (makthavarens) egna värdeval. Är lagen i ett visst fall uppdaterat och är synkroniserad till verkligheten i samhället kommer tillämpningen således, med Peczeniks ord, medföra den materiella rättssäkerheten. Och mot bakgrund av den av Peczenik förordade rättssäkerheten, sett i ljuset av ovan sagda, framstår rättssäkerheten obefintlig i Hitlers Tyskland eftersom det var oetiska lagar. Detta särskilt om man godtar att rättssäkerheten är rättstillämpningens övergripande mål.

⁸⁹ Frändberg (JT 2000/01) s. 270.

⁹⁰ Jämför Peczenik, Vad är rätt?, s. 92; "Beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara förutsebara. Denna formulering är emellertid inte någon handlingsregel, utan en värdeprincip. En sådan princip uppställer ett ideal. Idealet kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre."

⁹¹ Jämför Peczenik, Vad är rätt?, s. 98.

2.4. Sammanfattning

Objektet samhälle har komplicerad struktur som är dynamisk och det är svårt att enas om en objektiv verklighet bland dess invånare med olika värderingar, kunskaper och sociala bakgrund. Maktutövningen i samhället måste regleras i en rättsstat eftersom den enskilda inte bara skall veta vem som styr utan också hur. Detta skapar frihet mot godtycklig maktutövning. Rättsstatsbegreppet utgår från att den offentliga makten utövas inom en rättslig ram. För att upprätthålla rättsstaten fordras öppenhet som möjliggör kontroll. Rättssystemet och de institutioner den skapar i samhället fordrar legitimitet från medborgarna, det vill säga förtroende. Legitimiteten skapas i sig på olika grunder beroende på verksamhetens rättsliga art och hur mycket den berör den enskilde och vilka värderingar med mera som den senare har. Det går alltså inte, för den som vill tala tydligt, att skapa legitimitet på ett universellt sätt i samhället utan de är verksamhetsanknuten. Saknas legitimitet kommer det att finnas ett tryck på förändringar inom detta område. Samhället är dock komplicerat till den graden att den enskilde inte har möjlighet eller kapacitet att kontrollera eller förstå alla reglers innehåll eller slutmål som emanerar från rättssystemet. Av denna anledning föreligger ett allmänt systemförtroende om uppställda former för lagstiftning (skapandet av rättsliga normer) i samhället följs till en hög grad. Kravet på rättsäkerhet är nödvändigt för att uppnå den önskade friheten i rättsstaten.

Rättssäkerhetsbegreppet är inte möjligt att entydigt definiera eftersom det kan ses som en samlingsterm för olika termer och begrepp som gör sig gällande i olika rättsområden i olika grader och former. Det är därför viktigt att utmejsla rättssäkerhetsbegreppets relevans och betydelse för det rättsområde man avser att nyttja rättssäkerhetsbegreppet inom. En sådan precisering är befogad och nödvändig för den som inte vill falla i konformitet som är betingat med risken att sammanblanda eller nyttja termerna synonymt och därmed dra felaktiga slutsatser.

Rättssäkerhetens väsentliga innehåll utgår från förutsebarheten som motiveras av att den enskilde skall kunna planera sina handlingar med utgångspunkt i rättsordningen i samhället. Frändberg stannar där med sitt förordande av innehållet i rättssäkerhetsbegreppet, det vill säga förutsebarhet i rättsliga angelägenheter. Det som inte går att inordna under förutsebarheten klassificerar han såsom rättstrygghet (skydd mot

statens våldanvändning) eller rättsfrid (skydd mot våld från andra medborgare i samhället; rättsordningens förmåga att upprätthålla trygghet till liv och lem och egendom).

Peczenik menar att rättssäkerheten är rättstillämpningens övergripande mål och som sådan inte kan vara oetisk. Han skiljer därför på dels den formella rättssäkerheten i betydelsen förutsebarhet grundad i rättsordningen och dels på den materiella rättssäkerheten som innefattar en avvägning mellan förutsebarheten och andra etiska krav som kan göra sig gällande vid en avvägningssituation och därvid få företräde. Frändberg menar dock att då värden kolliderar kan man påstå att värdet i fråga alltså är upprätthållen, men att den är kränkt.

Rättssäkerhetens väsentliga innehåll i prioriteringsordning varav endast nummer ett erfordras i rättsstaten: (1) Förutsebarhet och kraven som kan uttolkas från detta, d v s formell rättssäkerhet (2) livsvärden som anses vara rättsäkerhetsintressen trots att de ej går att uttolka ur förutsebarhetsbegreppet som Peczenik etiketterar rättsäkerhetsgarantier och

Beyer säkerhetsmarginal samt (3) en etisk tolkning av lagen för att uppnå materiell rättssäkerhet – rättvisan i det enskilda fallet. Nota bene att Peczenik i sin bok ser den materiella rättssäkerheten på en generellare nivå, därvid sammanslår han punkt 1 och 2 här.

3. Den svenska utlänningsrätten

3.1. Bakgrund

”En ovillkorlig rätt att vistas i riket och att här vinna sin utkomst tillkommer endast svensk medborgare. Utlänning kan icke, vare sig enligt svensk lag eller internationellt erkända rättsregler, göra anspråk på att i dessa hänseenden vara likställd med svensk medborgare. Här ligger alltså en principiell skillnad mellan medborgarskap och utlännings rättställning, en skillnad som icke kan avlägsnas utan att dessa begrepp får en ändrad innebörd. Å andra sidan bör det finnas en legal reglering av utlännings möjligheter att uppehålla sig här i riket, varigenom det stadgas rättsliga garantier mot godtycklig behandling och i största möjliga utsträckning ges en tryggad ställning också för utlänning. Det är utlänningslagstiftningens uppgift att skapa ett sådant rättsskydd.”⁹²

– Departementschefen vid tillkomsten av 1954 års UtIL –

De nationella reglerna för utlänningars rätt att resa in i, vistas och arbeta i Sverige samt söka asyl här, återfinns i utlänningslagen (2005:716), i fortsättningen UtIL. I lagen anges också under vilka förutsättningar som en utlänning kan avvisas eller utvisas ur landet.⁹³ Med utlänning menas i UtIL den som inte är svensk medborgare.⁹⁴

UtIL:s utgångspunkt är i princip att endast svenskar har en ovillkorlig rätt att vistas och verka i Sverige. Vissa grupper av utlänningar har genom utlänningslagstiftningen tillerkänts en mer eller mindre absolut rätt att stanna i Sverige. Detta är till exempel fallet med flyktingar som behöver en fristad. Man kan i detta sammanhang även peka på den särställning som medborgare i de övriga nordiska länderna tillerkänts i Sverige. Medborgare i Europeiska unionen och medborgare i de till EES-avtalet anslutna EFTA-länderna har likaså en vidsträckt rätt att vistas och arbeta här.⁹⁵

För att en utlänning skall tillåtas resa in i Sverige måste han eller hon enligt huvudregeln ha ett giltigt pass och därtill visering eller uppehållstillstånd (2:1 och 2:3 UtIL). En mängd undantag från denna huvudregel finns. Generellt kan dessa undantag exemplifieras med uppehållstillstånd på grund av anknytning, uppehållstillstånd på grund av Sveriges internationella åtaganden och uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov.⁹⁶

⁹² Prop. 1954:41 s. 59 och Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010, s. 63. Föredragande departementschefen vid tillkomsten av 1954 års UtIL som är utgångspunkten för gällande UtIL.

⁹³ UtIL är dock ej heltäckande när det gäller utlänningars avlägsnande ur landet, se 8:15 UtIL med hänvisar till andra lagar. Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010, s. 62.

⁹⁴ Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010, s. 63. Vem som är svensk medborgare framgår av lagen (2001:82) om svenskt medborgarskap.

⁹⁵ Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010, s. 63.

⁹⁶ Se också 2:8 UtIL, 2:4, 2:3, 3:1 UtIF och 2:9 för undantag för medborgare i Danmark, Finland, Island och Norge samt EES-medborgare och deras familjer.

3.2. Beslutande myndighet m.m.

Enligt 1 § i Förordning (2007:996) med instruktion för Migrationsverket är Migrationsverket förvaltningsmyndighet för frågor som rör uppehållstillstånd, arbetstillstånd, visering, mottagande av asylsökande, återvändande, medborgarskap och återvandring. Migrationsverket skall fullgöra de uppgifter som myndigheten har enligt utlännings- och medborgarskapslagstiftningen, lagstiftningen om mottagande av asylsökande samt andra författningar. Eftersom Migrationsverket har det övergripande ansvaret för utlänningskontrollen har verket tillagts beslutanderätten i fråga om uppehållstillstånd och arbetstillstånd (5 kap 20 § och 6 kap 5 § UtL). Verket prövar också frågan om avvisning om utlänningen eller en nära familjemedlem söker asyl samt, vid sidan av polismyndigheterna, även avvisningsärenden i andra fall (8:4 UtL). Förutom prövningen av alla asylärenden i första instans beslutar verket om statusförklaring och resedokument (4 kap 3 och 3 a §§ samt 4 och 6 §§ UtL). Enligt 8 kap 20 § UtL får verket ge särskilt tillstånd i vissa fall till kort besök i Sverige av den som avvisats eller utvisats med återreseförbud.

Beslut om avvisning eller utvisning skall verkställas av Migrationsverket, om inte annat föreskrivits, och verket har tillagts funktioner i samband med verkställighetshinder (12 kap 14 och 17-19 samt 19 a §§ UtL). Migrationsverket är överklagandemyndighet i fråga om polismyndigheternas avvisningsbeslut (14:2 UtL). Också i utlänningsförordningen (2006:97) (i fortsättningen UtIF) har Migrationsverket tillagts en rad uppgifter. Migrationsverkets beslutsfattande skall vara förutsebar, enhetligt och verksamheten skall bedrivas effektivt samt med god kvalitet, se instruktionen för Migrationsverket 2 §.

Återgår vi till uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov, finns det tre kategorier av skyddsbehövande i utlänningslagen, flyktingar⁹⁷ (4:1 UtL), alternativt skyddsbehövande (4:2 UtL) och skyddsbehövande i övrigt (4:2a UtL).

UtL innehåller andra grunder för uppehållsrätt i Sverige men som framgår nedan är fokus för denna uppsats inte grunderna för uppehållsrätt, utan fokus ligger på förfarandet i utlänningsärenden som klassificeras säkerhetsärenden enligt UtL 1:7 och kvalificerade säkerhetsärenden enligt 1 § LSU.⁹⁸

⁹⁷ Definitionen motsvarar i princip den som återfinns i artikel 1 i flyktingkonventionen, så som definitionen har reviderats genom 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning. Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2006, s. 124 och Diesen, Prövning. s. 33.

⁹⁸ Asyl och flyktbegreppet definieras eftersom det är rimligt att anta att dessa ärenden är föremål för att klassificeras som säkerhetsärenden oftare framför de övriga utlänningsärenden. Nota bene, säkerhetsaspekter kan finnas såväl i asylärenden som i andra ärenden som handläggs enligt utlänningslagen. Det kan röra sig om ansökningar från personer som befinner sig i Sverige eller som ansökt om tillstånd före inresan, se Prop. 2004/05:170 s. 243. Jämför också uttalandet; "Det ligger i sakens natur att de utlänningar som

3.3. Säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden

”En lag av Konstantin stadgar att biskopens vittnesmål ensamt skall vara tillräckligt, utan att man hör andra vittnen. Denne furste gjorde det mycket lätt för sig. Han dömde över processerna genom personerna, och om personerna genom värdigheterna.”⁹⁹

– Charles-Louis de Secondat Montesquieu –

Säkerhetsärenden finns i UtIL och kvalificerade säkerhetsärenden i LSU. Säkerhetsärenden definieras explicit i UtIL 1:7. Säkerhetsärenden enligt UtIL är ärenden där Säkerhetspolisen av skäl som rör rikets säkerhet eller som annars har betydelse för allmän säkerhet förordar att:

- I. att en utlänning skall avvisas eller utvisas,
- II. att en utlännings ansökan om uppehållstillstånd skall avslås eller att en utlännings uppehållstillstånd skall återkallas,
- III. att en utlänning inte skall beviljas statusförklaring eller att en utlännings statusförklaring skall återkallas, eller
- IV. att en utlänning inte skall beviljas resedokument.

Asylärenden klassificeras som säkerhetsärenden om säkerhetspolisen tar ställning i ett asylärende med åberopande av någon av åtgärderna i UtIL (listade ovan) eller LSU på grund av säkerhetsskäl.¹⁰⁰ Säkerhetspolisen har med andra ord ensamrätt på klassificeringen av en asylsökandes ärende som ett säkerhetsärende. Bestämmelsen innebär därför att varken Migrationsverket eller i förekommande fall en domstol har möjlighet att avvika från Säkerhetspolisens uppfattning att ett säkerhetsärende föreligger. Alltså har det överlåtits åt en förvaltningsmyndighet – Säkerhetspolisen – att ensam avgöra definitionsfrågan, vilken i sig är helt avgörande för frågan om vilken instansordning som kommer att tillämpas.¹⁰¹

Bestämmelsen i 1:7 UtIL har utvidgats till att omfatta beviljande av statusförklaring, eller resedokument eller återkallande av statusförklaring samt ärenden om ny prövning, i de fall avvisningslutet eller ett utvisningsbeslut enligt 8:7 har fattats i ett säkerhetsärende. Utvidgningen följer av att bestämmelser om statusförklaringar och återkallelse av sådana förklaringar har införts i UtIL (4 kap 3, 3 a och 3 c samt 5 b och 5 c11).¹⁰² I motiven framhålls

medverkat till eller misstänks för att vilja planera politiska våldsdåd ofta löper risk för förföljelse av politiska skäl i hemlandet och även i övrigt uppfyller de kriterier som gäller för att betraktas som flyktingar.” Prop. 1990/91:118 s. 41.

⁹⁹ Montesquieu, Om lagarnas anda, s. 377.

¹⁰⁰ 2004/05:170, s. 251. Se också Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010, s. 80. Vad som utgör ”skäl för rikets säkerhet” eller ”nationell säkerhet” är inte definierat i 1:7 UtIL, enligt lagmotiven kan det dock ”[a]ntas att utlänningsen kommer att bedriva sabotage, spioneri eller olovlig underrättelseverksamhet i Sverige eller något annat nordiskt land.” Prop. 2004/05:170 s. 250.

¹⁰¹ SOU 2006:61 s. 162 f.

¹⁰² Se Skyddsgrundsdirektivet (2004/83/EG) artiklarna 14, 19 och 38 för införandet av nyssnämnda regler.

att frågan om en person skall beviljas statusförklaring och resedokument i de allra flesta fall behandlas tillsammans med frågan om uppehållstillstånd. En utlänning som har fått uppehållstillstånd på annan grund än som skyddsbehövande kan dock enligt 4:3 e § senare ansöka om att få en statusförklaring. Utvidgningen ger Säkerhetspolisen möjlighet att motsätta sig att en person beviljas statusförklaring eller resedokument även i sådana fall då frågan inte prövas i samband med frågan om uppehållstillstånd. Säkerhetspolisen får också möjlighet att verka för att en statusförklaring återkallas.¹⁰³

Förfarandet i säkerhetsärenden är detsamma som för övriga utlänningsärenden. Detta innebär att Migrationsverket fattar beslut som första instans (1 §, Förordning 2007:996). Migrationsverkets beslut överprövas av migrationsdomstol (14:1 och 3 UtL), vars beslut överprövas av Migrationsöverdomstolen som är högsta instans (16:9 UtL). För domstolarna och förfarandet i dessa gäller vad som allmänt är föreskrivet om länsrätt (migrationsdomstol) respektive kammarrätt (migrationsöverdomstol), med vissa särskilda undantag i UtL 16 kap. Emellertid finns en särskild ordning för kvalificerade säkerhetsärenden.

Redan år 1973 stiftades lagen (1973:162) om särskilda åtgärder till förebyggande av vissa våldsdåd med internationell bakgrund. Lagens syfte var att förhindra presumtiva terrorister att komma in i Sverige. Parallellt fanns det utrymme i lagen att kontrollera huruvida fristad i Sverige ändå måste tillhandahållas på grund av asylrättsliga skäl.¹⁰⁴ Sedan den 1 juli 1991 har LSU ersatt lag (1973:162) om särskilda åtgärder till förebyggande av vissa våldsdåd med internationell bakgrund. Vid lagens tillkomst konstaterades det att särskilda bestämmelser som ger utrymme för att utvisa sådana utlänningar som bedöms som farliga med hänsyn till risken för terroristhandlingar alltjämt behövs.¹⁰⁵

Kvalificerade säkerhetsärenden är utlänningsärenden som anhängiggörs enligt LSU. 1 § LSU fordrar att utvisningen är påkallat av särskilda hänsyn till rikets säkerhet eller då det med hänsyn till vad som är känt om utlänningens tidigare verksamhet och övriga omständigheter kan befaras att utlänningen kommer att begå eller medverka till

¹⁰³ Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010, s. 80.

¹⁰⁴ Prop. 1990/91:118 s. 21, av värde att erinra härvid; "Bekämpandet av terrorism ges hög prioritet i praktiskt taget alla stater. Liksom andra länder måste Sverige skydda sig mot terroristhandlingar. Befolkningen i vårt land - både våra egna medborgare och de utlänningar som bor här - har ett självklart anspråk på att de svenska statsmakterna söker beredda ett sådant skydd med medel som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle." Prop. 1990/91:118 s. 3.

¹⁰⁵ Prop. 1990/91:118 s. 30.

terroristbrott enligt 2 § lagen (2003:148) om straff för terroristbrott eller försök, förberedelse eller stämpling till sådant brott.

Lagens främsta syfte är att få in *presumtiva terrorister* inom tillämpningsområdet.¹⁰⁶ Bestämningen av vem som skall anses vara en presumtiv terrorist är av grundläggande betydelse i rättssäkerhetshänseende.¹⁰⁷ En närmare definition av rekvisiten ”särskilda hänsyn” eller ”kan befaras” finns inte närmare än; ”[a]tt personer som *på goda grunder kan misstänkas* för att planera terroristaktioner såvitt möjligt inte skall vistas på vårt territorium [...]”.¹⁰⁸ Rättsområdet utgör en del av utlänningsrätten och inte straffrätten¹⁰⁹, frågan är härvid om analogier kan hämtas från straffrättens misstankegrader? Svaret är jakande.¹¹⁰ Lagens konstruktion är, utifrån tillämpningsområdet, egendomlig, eftersom första ledet ”särskilda hänsyn” är mer kvalificerat medan ”kan befaras” är ett mycket lågt ställt krav. Det faktum att lagrummet är alternativt, ”eller”, samt att LSU inte är subsidiär till UtL leder till ett stort handlingsutrymme för Säkerhetspolisen.

Det är oklart hur lagen skall tolkas i dessa delar och tillämpningsområdet är inte så inskränkt som lagstiftaren vill göra gällande eftersom Säkerhetspolisen, som har ensamrätt på att klassificera ett ärende som säkerhetsärende, har fria händer genom att endast ”befara”, och därmed klassificera ett ärende som kvalificerat, låt vara att slutmålet är terroristbrott. Effekten blir att individen fråntas rätten till domstolsprövning som UtL tillhandahåller även i säkerhetsärenden enligt UtL.

Enbart den omständigheten att någon kan befaras vara benägen att hjälpa en förövare att undkomma eller bereda honom annat skydd i efterhand är inte tillräckligt.¹¹¹ Sålunda kan gränsdragningen för att ”befara” bli oklar mellan en individ som sympatiserar med en organisation som bedöms som farlig, och en som är på planeringsstadiet.¹¹² Sympatisören kan bli anklagad för mer än han gjort sig skyldig till. Kritik härvid har också framställts av Svenska avdelningen av internationella juristkommissionen som menar att rekvisiten bör ”[v]ara mer ’handfasta’, det vill säga förutsätta att utlänningen har begått eller medverkat till en brottslig gärning eller i vart fall att sannolika skäl föreligger för sådan brottslighet.”¹¹³

¹⁰⁶ Prop. 1990/91:118 s. 29.

¹⁰⁷ Prop. 1990/91:118 s. 33.

¹⁰⁸ Prop. 1990/91:118 s. 34. Kursiverat här.

¹⁰⁹ Prop. 1990/91:118 s. 27.

¹¹⁰ Jämför Prop. 1990/91:118 s. 78.

¹¹¹ Prop. 1990/91:118 s. 78.

¹¹² Jämför; organisationsrekvisitet är också borttaget, det vill säga, att en persons anknytning (sympatisör) till en organisation är inte ensamt avgörande för frågan om avvisning eller utvisning, se Prop. 1990/91:118 s. 32.

¹¹³ Prop. 1990/91:118 s. 31.

Avdelningens ståndpunkt i denna del grundar sig på principen att de som omfattas av lagstiftningen måste av dess regler i förhand kunna utläsa sin rättsliga status och position.¹¹⁴ Kritiken har övergripande bemötts med att säkerhetshänsyn talar häremot och att "stämplingseffekten" skulle öka.¹¹⁵

I förarbetena betonas att utvisning typiskt sett är en långt mera ingripande åtgärd framför avvisning eftersom individen kan ha haft uppehållstillståndet länge och därför på olika sätt anpassat sig till en vistelse i Sverige. Av denna anledning stod valet av beslutsfattare mellan antingen regeringen eller en domstol, vad gäller kvalificerade säkerhetsärenden.¹¹⁶ Lagstiftaren, i enlighet med förslaget i förarbetena, stannar vid att det är regeringen som fattar beslutet om utvisning. Motiveringen lyder välformulerat men illaunderbyggt och enligt min mening, marginaliserande av svenska domstolars kompetens; "[m]ed hänsyn till bl.a. de känsliga utrikespolitiska bedömningar som kan behöva göras i terroristärenden talar starka skäl för att besluten om utvisning [...] skall ligga på regeringen. De ställningstaganden som skall göras i dessa fall ter sig som ett naturligt utflöde av regeringens yttersta ansvar för den allmänna säkerheten. [...] Handläggningen av terroristärendena kräver ingående utrikespolitisk och säkerhetspolisär sakkunskap som kan förvärfvas endast genom ständigt återkommande kontakt med problem och företeelser som rör den internationella terrorismen."¹¹⁷

För det första kan det noteras att domstolsverket är inbjudande i sitt remissvar, de är villiga att ta sig an dessa svårbedömda fall.¹¹⁸ För det andra noterar jag två poler utifrån en gemensam utgångspunkt. Det är ostritt att det i säkerhetsärenden står mellan den enskildas rättsäkerhetsintressen och statens intressen som dels tar hänsyn till utrikespolitiska bedömningar (de vill inte hamna i en sämre politisk position genom att till exempel förklara en organisation för "terroristorganisation") dels intresset samt skyldigheten att skydda svenska medborgare och utlänningar som vistas i riket.¹¹⁹ Utifrån denna gemensamma ståndpunkt kan saken i säkerhetsärenden antingen ses som en ren rättslig bedömning

¹¹⁴ Prop. 1990/91:118 s. 111.

¹¹⁵ Prop. 1990/91:118 s. 36.

¹¹⁶ Prop. 1990/91:118 s. 53.

¹¹⁷ Prop. 1990/91:118 s. 54.

¹¹⁸ "Domstolsverket och Svea hovrätt anser att allmän domstol bör anförtros beslutanderätten och hänvisar dels till rättsäkerhetsintressen dels till bestämmelserna i FN-konvention och Europakonvention om rätt till omprövning (review)." Prop. 1990/91:118 s. 54. *Nota bene*, Domstolsverket ville pressa in domstolskravet i de citerade konventionerna, vid den tiden fanns inte Asylprocedurdirektivet med explicit krav på domstolsprövning av asylärenden.

¹¹⁹ Prop. 1990/91:118 s. 117 in fine, f. Svea hovrätt anför också; "[d]et kan ifrågasättas att en sådan tillämpning – där utrikespolitiska hänsyn väger tyngre än vad en objektiv rättslig prövning leder fram till – är förenlig med de båda ovan angivna konventionernas krav på rättssäkerhet vid prövning av utvisning." Prop. 1990/91:118 s. 117 in fine, f. Konventionerna som hänvisas till är FN- och Europakonventionen.

(domstolsverkets perspektiv) eller rättslig bedömning med inslag av politiska beslut (regeringens/lagstiftarens perspektiv, implicit). För den enskildes rättsäkerhet vore domstolsperspektivet mera ändamålsenligt. Svea hovrätt pekar också på möjligheten att förordna sakkunniga för utrikespolitiska bedömningar alternativt knyta expert som ledamot av rätten.¹²⁰ Noteras bör också att det finns en officiell kommentar till Genèvekonventionen (Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status) som kommentarer bland annat hur man kan bedöma ett brotts karaktär som icke-politiskt eller politiskt. Det finns sålunda vägledning och riktlinjer för tolkning och tillämpning¹²¹ av Genèvekonventionens bestämmelser att tillgå för en domstol.¹²²

I SOU 2006:61, genomförandet av asylprocedurdirektivet i svensk rätt, framförs följande argument. "Artikel 39 i asylprocedurdirektivet berör [...] asyلفörfarandet och därigenom UtL: s bestämmelser på det området. Även om det inte finns något formellt hinder mot att tillämpa LSU gentemot en utlänning som har sökt asyl måste man beakta att LSU inte på något sätt reglerar asyلفörfarandet eller ens använder begrepp såsom uppehållstillstånd, flyktingsförklaring etc. LSU: s bestämmelser i sig ger alltså inte anledning att anpassa den lagen efter artikel 39. Denna artikel bör därför kunna föranleda ändringar endast i UtL. *Vid sidan därav kan det dock finnas anledning att överväga att tydligare reglera förhållandet mellan LSU och UtL när det gäller tillämpningen gentemot en asylsökande*; en fråga vi återkommer till."¹²³

Argumentet är inte bärkraftig. Enligt förarbetena till LSU tillhör lagen utlänningsrätten¹²⁴ och bestämmelserna i LSU fanns tidigare i 4:11 ÄUtL.¹²⁵ Lagen riktar sig till presumtiva terrorister men dess grund är asylrätten, uttryckt annorlunda är LSU ett undantag därur med starka kopplingar (läs kursiverade meningen i citatet ovan). Asylprocedurdirektivet riktar sig till asylsökanden och omfattar även säkerhetsärenden utan gradering såsom ordinära eller kvalificerade. Kommissionen yttrade sig år 2001 i ett dokument avseende sambandet mellan att garantera den interna säkerheten och att uppfylla internationella skyldigheter och instrument avseende skydd; "*Utan att det påverkar.... rätten att överklaga ett beslut om att inte bevilja flyktingsstatus vid en*

¹²⁰ Prop. 1990/91:118 s. 117.

¹²¹ Diesen, Prövning, s. 112. Handboken anses genom prejudikatet MIG 2006:1 som rättskälla i Sverige.

¹²² Prop. 1990/91:118 s. 78.

¹²³ SOU 2006:61 s. 188. Kursiverat här.

¹²⁴ Prop. 1990/91:118 s. 27; "Terroristlagstiftningen är speciellt inriktad på skyddet mot utlännningar som kan befaras göra sig skyldiga till terroristaktioner på vårt territorium. Den är således en del av utlänningsregleringen."

¹²⁵ Prop. 1990/91:118 s. 5 och 25.

oavhängig domstol, kan EU-medlemsstaterna ha olika organisatoriska arrangemang för att behandla ansökningar från misstänkta krigsförbrytare eller terrorister.”¹²⁶ Enligt min mening, är det egendomligt att asylprocedurdirektivet, som gäller samtliga asylsökanden endast kan ha inflytande över UtL men inte LSU som uttryckligen rycker ut en, måhända liten ärendegrupp men parallellt med ett brett ärendespektrum, från UtL med endast Säkerhetspolisens förordande och därmed helt utesluta ärendegruppen från rätten till domstolsprövning.

Begreppet "medverka"¹²⁷ bör, enligt specialmotiveringen, ha samma innebörd som i 23 kap 4 § Brottsbalken, dvs. "[d]et skall vara fråga om ett främjande av gärningen med råd eller dåd. Enbart den omständigheten att någon kan befaras vara benägen att hjälpa en förövare att undkomma eller bereda honom annat skydd i efterhand (jfr 17 kap 12 § brottsbalken) är inte tillräckligt, om det inte är fråga om en hjälp som är överenskommen på förhand.”¹²⁸

I samband med införandet av LSU ansågs att den parlamentariska kontrollen av hur regeringen tillämpar terroristbestämmelserna och reglerna om tvångsåtgärder även i fortsättningen skulle ske genom att regeringen årligen lämnar en skrivelse till riksdagen. I skrivelserna ges en kortfattad beskrivning av den internationella terrorismens utveckling samt en redogörelse för antalet ärenden som handlagts enligt lagen innevarande och tidigare år, dock inga detaljer i sak.¹²⁹ LSU har tillämpats 36 gånger mellan åren 1991 – 2010 och däri återfinns även omprövningar. Det är sålunda en mycket begränsat ärendegrupp och lagen tillämpas sällan i jämförelse med andra ärendegrupper.

Förfarandet i kvalificerade säkerhetsärenden innebär att frågan om utvisning tas upp på ansökan av Säkerhetspolisen och beslut meddelas av Migrationsverket som första instans, 2 § LSU. Migrationsverkets beslut enligt LSU i fråga om utvisning, uppehållstillstånd, statusförklaring eller resedokument får överklagas till regeringen, 2 a § LSU. Säkerhetspolisen får överklaga Migrationsverkets beslut enligt LSU, om det kan överklagas och går Säkerhetspolisen emot, 2 a § st. 2 LSU. Utlänningens rätt att överklaga följer av 22 § Förvaltningslagen (1986:223), i fortsättningen FL.

¹²⁶ KOM (2001) 0743, se SOU 2006:61 s. 192. Kursiverat här.

¹²⁷ Se ovan s. 32.

¹²⁸ Prop. 1990/91:118 s. 78.

¹²⁹ <http://www.regeringen.se/sb/d/1913/a/12919>

När Migrationsverkets beslut i fråga om utvisning överklagas, skall verket skyndsamt lämna över handlingarna i ärendet till Migrationsöverdomstolen. Vid förhandlingen skall utlänningen höras och få tillfälle att uttala sig om de omständigheter som åberopas i ärendet.¹³⁰ Migrationsöverdomstolen skall med ett eget yttrande lämna handlingarna vidare till regeringen. I yttrandet skall det särskilt anges om det finns hinder enligt 12 kap. 1, 2 eller 3 § UtL mot att beslutet verkställs. Finner Migrationsöverdomstolen att sådant hinder mot verkställighet finns, får regeringen inte avvika från den bedömningen. Migrationsöverdomstolen fattar alltså inte beslut i sakfrågan med undantag för 12 kap. 1, 2 eller 3 § UtL (hinder mot att verkställa avvisning och utvisning), utan lämnar ett icke bindande yttrande till regeringen som fattar beslutet i sak.

¹³⁰ Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010, s. 77.

4. Internationell och Europeisk asylrätt

4.1. Bakgrund

Syftet med följande avsnitt är att översiktligt presentera den internationella asylrätten. Därefter behandlas uppbyggnaden av europeiska asylrätten genom att *dels* belysa harmoniseringsprocessen och härvid, kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och Europeiska unionen inom asylområdet samt *dels* belysa artikel 64 EG-fördraget (numera artikel 72 FEUF), som regeringen hänvisar till som rättsligt stöd för att utesluta kvalificerade säkerhetsärenden från domstolsprövning.

4.2. Internationell asylrätt

Rätten att söka asyl finns uttryckt i artikel 14 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna och i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna¹³¹, artikel 18.¹³² Rätten att söka asyl är sålunda en mänsklig rättighet. Som följer av titeln återfinns artikel 14 i en *förklaring* och inte i en konvention med begränsningen att förklaringen inte är rättsligt bindande. Många av förklaringarna återfinns dock i rättsligt bindande konventioner. De grundläggande internationella bestämmelserna om flyktingskap finns sålunda i Genèvekonventionen.

Det framförs en intressant tolkning av artikel 14 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. I doktrinen argumenteras det för att artikel 14 å ena sidan förklarar varje individs rätt att söka asyl men å andra sidan, även förklarar att det åligger en skyldighet för konventionsstaterna att tillhandahålla en asylprocess; [O]ne can clearly conclude from the provision's genesis, as well as from its wording, that the procedural right (the right to an asylum process) was maintained and established in Article 14.”¹³³

De grundläggande internationella bestämmelserna om flyktingskap finns som ovan nämndes i Genèvekonventionen. Genèvekonventionens artikel 1 definierar en flykting¹³⁴ som en person som på grund av en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politisk åskådning befinner sig

¹³¹ (2010/C 83/02)SV 30.3.2010 Europeiska unionens officiella tidning C 83/389 se också http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_sv.htm

¹³² Rätten till asyl ska garanteras med iakttagande av reglerna i Genèvekonventionen av den 28 juli 1951 och protokollet av den 31 januari 1967 om flyktingars rättsliga ställning och i enlighet med fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

¹³³ Gammeltoft-Hansen, The Right to Seek, s. 441 och s. 446.

¹³⁴ Denna artikel måste läsas tillsammans med artiklarna 1 C, och D-F som anger i vilka fall en person är utesluten från flyktingskap och när flyktingskapet upphör, se Diesen, Prövning, s. 20.

utanför det land som han eller hon är medborgare i och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill begagna sig av det landets skydd.¹³⁵ Beträffande statslösa gäller det i förhållande till det land där personen haft sin vanliga vistelseort. Genèvekonventionen innehåller även regler om flyktingstatus upphörande, uteslutande från flyktingstatus, identitetshandlingar och resedokument samt principen om non-refoulement.

Genèvekonventionen syftar till att skydda människor som utsätts för grova kränkningar av mänskliga rättigheterna. Det är alltså människor som omfattas av Genèvekonventionen som får "flyktingstatus" och därmed rätt till asyl (fristad) enligt folkrätten.

Genèvekonventionen innehåller ingen uttrycklig bestämmelse om att konventionsstaterna är skyldiga att ta emot flyktingar, däremot innehåller artikel 32 ett förbud mot utvisning av flyktingar och i artikel 33 finns bestämmelsen om non-refoulement, det vill säga ett förbud mot avvisning eller utvisning av en flykting (refoulement) till gränsen mot ett område där han eller hon riskerar politisk förföljelse.¹³⁶ Principen om non-refoulement är en del av internationell sedvanerätt och är bindande för alla stater. Skyddet mot refoulement gäller för flyktingar vars status ännu inte formellt har bedömts eller fastslagits och omfattar därför även asylsökande.¹³⁷ Sålunda är non-refoulement principen ett starkt skydd för asylsökanden och kan ses som en indirekt *individuell rätt till asyl*, även om en sådan eftersträvan att upphöja asylrätten såsom positiv rätt till (right of asylum) misslyckats.¹³⁸ Asylrätten innefattar alltså ingen rätt att beviljas asyl men en sådan rätt kan enskilda länder anta i sina nationella utlänningsrättsliga lagar. Genèvekonventionen innehåller inte en sådan skyldighet för stater utan med (right of asylum) avses i folkrättslig mening, en stats rätt att bevilja en flykting asyl utan att det skall ses som en ovänlig handling mot flyktingens hemland.¹³⁹

Europakonventionen från år 1950 är sedan den 1 januari 1995 svensk lag. Det är främst artikel 3 om skydd mot tortyr och omänsklig behandling med mera, artikel 5 om rätt till frihet och personlig säkerhet, artikel 8 om skydd för privat- och familjelivet samt artikel 13

¹³⁵ Definitionen av flykting i 1951 års flyktingkonvention innehöll dels en tidsbegränsning till händelser som inträffat före den 1 januari 1951 och dels en geografisk begränsning. Med "händelser" kan nämligen enligt artikel 1 B 1 i konventionen förstås antingen "händelser som inträffat i Europa" eller "händelser som inträffat i Europa eller annorstädes". I december 1966 beslöt generalförsamlingen att för anslutning öppna det så kallade 1967 års *protokoll angående flyktingars rättsliga ställning*. Protokollet syftade till att eliminera tidsgränsen i 1951 års flyktingkonvention. För den stat som har tillträtt protokollet gäller 1951 års flyktingkonvention så som om den i flyktingdefinitionen intagna tidsgränsen inte existerade. Protokollet ger heller inte rätt att tillämpa den geografiska begränsningen. Sverige har tillträtt Flyktingkonventionen, utan geografisk begränsning och protokollet. Se Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2006, s. 36.

¹³⁶ Diesen, *Prövning*, s. 20.

¹³⁷ Diesen, *Prövning*, s. 109.

¹³⁸ Diesen, *Prövning*, s. 111 och s. 39. Faktum är att samtliga försök har misslyckats, se Hailbronner, *Immigration*, s. 438.

¹³⁹ Diesen, *Prövning*, s. 39.

om rätt till ett effektivt rättsmedel som är av betydelse vid prövning av utlänningsärenden.¹⁴⁰

Artikel 13 innehåller bestämmelser om rätten till ett effektivt rättsmedel för den som har utsatts för en kränkning av de i konventionen angivna fri- och rättigheter. I artikeln anges att var och en, vars i konventionen angivna fri- och rättigheter kränkts, skall ha tillgång till effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet. Detta gäller även om kränkningen förövats under utövning av offentlig myndighet. I artikel 13 ställs inga krav på domstolsprövning. Det som krävs är att den rättighetskränkande avgörandet kan ändras eller upphävas. Om ett avvisnings- eller utvisningsbeslut kan tänkas innebära en kränkning av artikel 3 eller 9 innebär således artikel 13 att den berörda utlänningen skall ha rätt att få beslutet omprövat inför en nationell myndighet.

Europakonventionens artikel 6 om rätt till en rättvis rättegång är inte tillämplig på frågor som gäller viseringar, uppehållstillstånd och andra utlänningsrättsliga frågor.¹⁴¹ Rätten till en rättvis rättegång fordrar nämligen att den enskildes civila rättigheter kränkts, alternativt att den enskilde anklagas för brott, se Europakonventionen artikel 6. Begreppet ”civila rättigheter” i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen har gett upphov till många svåra gränsdragningsfrågor. I ett ganska stort antal domar har den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) närmare preciserat innebörden av dessa bestämmelser. Om det föreligger en tvist vars utgång är av direkt betydelse för en persons rättigheter av privat natur anses den av Europadomstolen falla in under artikel 6. Det förhållandet att rättigheten i fråga utgör offentligt rätt i staten har mindre betydelse eftersom termen ”civila rättigheter” är ett autonomt begrepp enligt Europadomstolen.¹⁴² Annorlunda uttryckt, Europadomstolen undersöker själv huruvida rättigheten kan inpassas under civila rättigheter. Tvister om utlänningars inresa, uppehåll på en stats territorium och utvisning har inte ansetts falla inom artikelns tillämpningsområde.¹⁴³

Asylsökanden kan sålunda inte kräva rätten till rättvis rättegång med stöd av artikel 6 eftersom de inte omfattas av artikelns tillämpningsområde. Asylsökanden kan däremot kräva rätten till effektiva rättsmedel inför en nationell myndighet i enlighet med artikel 13,

¹⁴⁰ För en fördjupning av dessa artiklar utifrån asylrätten, se Peers, EU Justice, s. 311.

¹⁴¹ Diesen, Prövning, s. 23.

¹⁴² Bergholtz & Nowak, Europakonventionen, s. 35.

¹⁴³ Karnov kommentar» SFS 1994:1219 Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Not 121, Författare: Carl-Henrik Ehrenkrona.

det vill säga en rätt till omprövning av det beslut som kränker den enskildes fri- och rättigheter som återfinns i konventionen.

Asylsökanden inom EU¹⁴⁴ har *därutöver* rätt till domstolsprövning av deras *asylansökan*.¹⁴⁵ Denna rättighet återfinns i asylprocedurdirektivet, artikel 39.1. Detta är ett rättsligt krav som går längre än "rätten till effektiva rättsmedel" eftersom asylprocedurdirektivet explicit fordrar en domstolsprövning vid asylprövningen. För asylsökanden till en medlemsstat i Europa utvecklas sålunda en särskild *européisk asylrätt*. Asylprocedurdirektivet täcker behovet av en "rättvis rättegång" vid prövning av asylansökningar och EKMR täcker behovet av effektiva rättsmedel för den enskilde asylsökandens fri och rättigheter som återfinns i EKMR. Problemet är dock att, som också är frågan i detta arbete, om kvalificerade säkerhetsärenden kan undandras från rätten till domstolsprövning som är fastslagen i asylprocedurdirektivet.

¹⁴⁴ Gäller ej Danmark, se skäl 34, asylprocedurdirektivet.

¹⁴⁵ Utvecklingen kan också ses som en precisering av den skyldighet som åligger stater som undertecknat FN: s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheter (i vart fall för medlemsstaterna i EU) att tillhandahålla en asylprocess som, Gammeltoft-Hansen, *The Right to Seek*, tolkar och argumenterar för med artikel 14 i FN: s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheter som utgångspunkt.

4.3. Europeisk asylrätt

4.3.1. Harmonisering av rättsområden inom Europeiska unionen

Här analyseras dels de grundläggande kraven för harmonisering inom Europeiska unionen dels den grundläggande Europarätten för att sedermera ligga till grund för förståelsen av Europeiska asylrättens bakgrund och begränsningar, som behandlas framgent.

En viktig utgångspunkt, för att harmonisering av rättsområden skall kunna ske på europeisk nivå, är att de befogenheter som tillkommer europeiska unionen finns nedlagda i fördraget om Europeiska unionen (FEU) eller i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och sålunda bygger på den kompetens som har överlåtits på europeiska unionen genom dessa fördrag. Europeiska unionen har med andra ord en tilldelad kompetens som härrör från medlemsstaterna. Alltså saknas, vad som med en term lånad från tyskan brukar kallas, kompetens-kompetens, det vill säga befogenhet att tillerkänna sig själv ytterligare kompetens utöver de befogenheter som angivits i fördragen. Detta skiljer på ett avgörande sätt europeiska unionen från en suverän stat för vilken det inte finns någon sådan begränsning. Utfärdad lagstiftning måste därför alltid bygga på en i fördragen angiven och korrekt tillämpad rättsgrund.¹⁴⁶

Innan de ändringar som följde av Lissabonfördraget infördes reglerade EU och EG-fördraget, var för sig men sida vid sida, olika samarbetsområden. Dessa liknades vid tre ”pelare”. Något förenklat kan man säga att EG-fördraget reglerade de samarbetsområden som omfattas av första pelaren, framförallt EU:s inre marknad samt jordbruks-, transport- och handelspolitik, och att EU-fördraget reglerade de samarbetsområden som omfattades av andra och tredje pelaren, utrikes- och säkerhetspolitik respektive straffrättsligt och polisiärt samarbete.¹⁴⁷

Första pelaren var grundläggande inom europeiska unionen eftersom den bestod av Europeiska gemenskapen.¹⁴⁸ De frågor som rör visa, asyl, invandring och annan politik avseende gränskontroll fanns i tredje pelaren som var begränsat till mellanstatliga överenskommelser men flyttades sedermera till första pelaren.¹⁴⁹ Att frågor om visa, asyl, invandring och annan politik avseende gränskontroll hamnade i första pelaren har sin grund i Schengensystemet vars huvudsakliga syfte är att upphäva gränskontrollerna för personer

¹⁴⁶ Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2004, s. 31 f.

¹⁴⁷ Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2004, s. 34 f.

¹⁴⁸ Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2004, s. 33.

¹⁴⁹ Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2004, s. 35. Hailbronner, Immigration, s. 9.

mellan anslutande länderna och införa ersättande, gemensamma åtgärder. Schengensystemet reglerar transporter, cirkulation, invandring, asyl med mera. Med andra ord, regler som avser att minska skillnaderna i medlemsstaternas behandling av medborgarna i tredje land och deras rättigheter. Schengenavtalet, är genom Amsterdamfördraget numera, i princip oförändrat infört i EG-fördraget (artikel 61 och följande under avdelning IV).¹⁵⁰ Vidare ansågs den obefintliga juridiska kontrollen på grund av konstruktionen med mellanstatliga lösningar på rättsliga områden som en allvarlig brist.¹⁵¹

Efter de ändringar som infördes genom Lissabonfördraget samlas istället bestämmelser med övergripande eller konstitutionell karaktär i FEU. På detta sätt utformas fördraget för att kunna förklara vilken sorts "makt" som omfattas av EU och inom vilka ramar. EG-fördraget, numera FEUF, hamnar efter de ändringar som införs på en lägre mer detaljerad nivå av förmodat mindre principiell betydelse. Inte i rättslig mening – då båda fördragen ska ha "samma rättsliga värde", se FEUF artikel 1 punkt 2.¹⁵²

Lissabonfördraget började gälla den 1 december 2009. Det är det senaste av EU:s ändringsfördrag¹⁵³ och innebär att ändringar har gjorts i EU-fördraget och det tidigare EG-fördraget. I samband med detta bytte EG-fördraget namn till Fördraget om unionens funktionssätt, FEUF. Samtidigt som EU ersatte EG upphörde den så kallade pelarstrukturen som etablerades genom det ursprungliga EU-fördraget.

¹⁵⁰ Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2004, s. 249.

¹⁵¹ Hailbronner, Immigration, s. 9.

¹⁵² Bergström, Hettne & Södersten, Lissabonfördraget, s. 29 f.

¹⁵³ Beslutet att utforma Lissabonfördraget som ett ändringsfördrag innebär att ratificeringen begränsas till den, för de flesta, svårförståeliga instruktionen hur bestämmelser i de redan befintliga EU-fördragen ska ändras, flyttas, kompletteras, raderas och omnumreras. Bergström, Hettne & Södersten, Lissabonfördraget, s. 15. Av denna anledning är "konsoliderade versioner" av fördragen nyttiga att tillgå.

4.3.2. En gemensam migrations- och asylrätt för Europeiska unionen

Etablerandet av en gemensam migrations- och asylrätt för Europeiska unionen är sammankopplat med upphävandet av interna gränskontroller i den inre marknaden.¹⁵⁴ Etablerandet av en europeisk intern marknad fordrar "[e]tt område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i detta fördrag", se artikel 14 p. 2 EG-fördraget. Även om tredjelandsmedborgares och EU medborgares juridiska status är särskilda går det inte att göra en kontroll i vart fall inom interna marknadens gränser. Det sagda är också utgångspunkten eftersom artikel 62 EG-fördraget tydligt fastslår att "[å]tgärder i syfte att i överensstämmelse med artikel 14 säkerställa att det inte förekommer någon kontroll av personer, vare sig dessa är unionsmedborgare eller medborgare i tredje land, när de passerar inre gränser." vidtas av rådet. En andra orsak till behovet av en europeisk migrations- och asylrätt är att, såvida inga inre gränskontroller får ske, kommer det faktum att olika medlemsstater beviljar visum på olika grunder sakna all verkan om dessa personer sedan fritt får röra sig inom europeiska unionens gränser.¹⁵⁵ Det finns således viktiga skäl till att Europa samarbetar eller harmoniserar sina rättsområden på utlänningsrätten eftersom det dels berör grundidéer som europatanken vilar på och dels också för att asylfrågor är globala och ingen stat klarar av att hantera det ensamt.

Tidigare dominerades europeiska migrations- och asylrätten av mellanstatliga överenskommelser mellan några eller samtliga europeiska medlemsstater utanför Romfördraget. Informella samarbeten mellan medlemsstaterna blev sedermera bindande internationella överenskommelser, ett känt exempel är Schengenavtalet från 1985 och Dublinkonventionen från 1990.¹⁵⁶ Maastrichtfördraget gjorde inga rättsliga ändringar på denna mellanstatliga konstruktionen på utlänningsrättens område mellan medlemsstaterna även om fördraget innehöll migration och asylfrågor. De förblev sålunda mellanstatliga angelägenheter med de brister som denna konstruktion var betingat med.¹⁵⁷

Amsterdamfördragets införande av titeln, "Avdelning IV, Visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer" utgjorde rättslig grund för EU att anta

¹⁵⁴ Hailbronner, Immigration, s. 35.

¹⁵⁵ Hailbronner, Immigration, s. 1 f.

¹⁵⁶ Se Peers, EU Justice, s. 300. Det sagda visar också på att; "In light of its complexity, single states cannot deal adequately with the asylum and refugee problem; the issue must be addressed at the international level." Hailbronner, Immigration, s. 353.

¹⁵⁷ Hailbronner, Commentary, s. 1 f.

rättsakter för en europeisk migrations och asylpolicy.¹⁵⁸ Avdelning IV EG-fördraget åtgärdade brister i den tidigare ordningen med mellanstatliga lösningar. Migrations- och asyrrätten blev en europeisk fråga som inte längre var "icke bindande" såsom fallet var med mellanstatliga lösningar för de europeiska medlemsstater som inte deltog. Det viktigaste var sålunda att Europeiska unionen fick en rättslig grund att anta rättsakter på en överstatlig nivå.

Amsterdamfördraget – och Lissabonfördraget – anger dock inte hur mycket europeisk migrations och asyllagstiftning som behövs. Kompromiss mellan extremerna nationella intressen och Europaaktivistiska intressen måste ske. Såväl nationella som europeiska migrations och asyllagar samt policy anses vara nödvändiga för utvecklingen av europeisk migrationspolicy. En viktig princip härvid att beakta är subsidiaritetsprincipen, det vill säga att nödvändigheten av en europeisk åtgärd måste bevisas i detalj, huruvida europeisk eller den nationella nivån är att föredra.¹⁵⁹ Subsidiaritetsprincipen har sålunda en central roll i maktindelningen mellan medlemsstaten och EU på så vis att EU endast får vidta föreslagna åtgärder inom asylområdet nedlagda i avdelning V FEUF, och endast till den graden medlemsstaten inte kan åtgärda föreslagna åtgärden effektivt.¹⁶⁰ En annan begränsning av EU:s makt är undantag genom att åberopa "public order"-klausul som jag återkommer till.

För att progressivt etablera ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, var rådet enligt artikel 61 EG-fördraget skyldig att bland annat, inom fem års tid från Amsterdamfördragets gällande¹⁶¹, genomföra fria rörligheten av personer i enlighet med artikel 14 EG-fördraget och åtgärder inom fältet för asyl, migration och skydd för rättigheterna för tredjelandsmedborgare, i enlighet med artikel 63 EG-fördraget. Det nya i avdelning IV Amsterdamfördraget var också språkligt eftersom artiklarna innehåller inte bara kompetens utan även en skyldighet för rådet att agera till stöd för vidare harmonisering.¹⁶² Enligt artikel 63.1 C EG-fördraget har rådet också kompetens att anta bindande minimiregler för tolkning av Genèvekonventionen. Detta är ett viktigt steg i riktning för en uniform tolkning och sedermera tillämpning av Genèvekonventionen som har varit betingat med

¹⁵⁸ "[t]he co-operation of Member States within a basically intergovernmental framework will be replaced with community action effected by means of supranational legislation. Within the scope of the third pillar, the Member States are the sole actors; the single institutional framework created by the Maastricht Treaty enables them to use Community institutions in order to facilitate their co-operation. The actor in the sphere of the first pillar, on the other hand, is the Community, acting on the basis of powers conferred on it by the Treaties." Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 9 f.

¹⁵⁹ Hailbronner, Immigration, s. 2

¹⁶⁰ Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 14.

¹⁶¹ Tammerforsprogrammet, som behandlas nedan.

¹⁶² Hailbronner, Immigration, s. 366 f. "The Council shall adopt", se artiklarna 61, 62 och 63 ECT.

problemet att stater som undertecknat konventionen tolkade och tillämpade Genèvekonventionen olika.

Vad gäller asylområdet, räknar artikel 63.1 EG-fördraget upp, uttömmande och detaljerat de åtgärdsområden (och därmed kompetenser) som rådet måste vidta med de procedurregler som refereras i artikel 67 EG-fördraget.¹⁶³ Bland dessa kompetenser finns artikel 63.1 d, "[m]inimormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingsstatus."¹⁶⁴ Rådet har inte kompetens att fatta omfattande och slutgiltiga regler för asylproceduren, den får endast anta minimum standarder.¹⁶⁵

Avdelning IV och samtliga rättsakter som har sin grund häri, är underkastat domstolsprövning av European Court of Justice (Europeiska unionens domstol).¹⁶⁶ Men domstolens jurisdiktion har modifierats. Begäran om ansökan av förhandsavgöranden tillkommer endast medlemsstaternas domstol eller tribunaler, vars beslut eller dom det inte finns något rättsmedel. Förhandsavgörandet från Europeiska unionens domstol berör frågor om tolkning av avdelning IV och de rättsakter som emanerar härur och som är resta på grund av ett aktuellt ärende eller är nödvändig för att lämna ett domslut.¹⁶⁷

Efter Lissabonfördragets införande och pelarstrukturen upphävande återfinns rättsgrunden för Europeiska unionen att utfärda förordningar och direktiv på asylområdet i FEUF, Avdelning V, "ett området med frihet, säkerhet och rättvisa",. Sedermera har Europeiska unionen antagit tre program som efterföljer varandra för att utveckla "ett område med frihet, rättvisa och säkerhet" genom att identifiera prioriterade insatsområden i avdelning V.

¹⁶³ Nota bene; "[t]he new powers conferred on the Community are defined in detailed provisions and neither cover all aspects for asylum policy[...]. Article 63 EC only speaks of 'measures on asylum within the following areas'." Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 12.

¹⁶⁴ Hailbronner, Immigration, s. 367. Sedermera antogs Asylprocedurdirektivet för att uppfylla detta krav, mer om direktivet nedan.

¹⁶⁵ Hailbronner, Immigration, s. 369. För en överskådlig katalog över kompetenser som är tilldelade till EU, se Peers, EU Justice, s. 303.

¹⁶⁶ Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 18.

¹⁶⁷ Hailbronner, Immigration, s. 381 f. I och med Lissabonfördraget, avdelning V.

4.3.3. Utvecklingen av ett område för rättvisa, frihet och säkerhet

Syftet att upprätta ett området med frihet, säkerhet och rättvisa under avdelning V i FEUF var bland annat att säkra människors fria rörlighet som innefattar politikområdet asyl- och invandringspolitik.¹⁶⁸ Upprättandet av ett området med frihet, säkerhet och rättvisa preciseras och utvecklas genom Tammerforsprogrammet (1999-2004)¹⁶⁹, Haagprogrammet (2004-2009)¹⁷⁰ och Stockholmsprogrammet (2010-2014)¹⁷¹.

Med utgångspunkt i ovannämnda program som utvecklats med stöd av fördragen har ett antal rättsakter för att harmonisera asyllagstiftningen inom europeiska unionen antagits för att uppnå målet om en europeisk asylrätt.¹⁷² De rättsakter som rådet hittills utfärdat är, Dublinförordningen, Eurodacförordningen, Massflykts-, Mottagande-, Familjeåterförenings-, Skyddsgrundsdirektivet samt direktivet som är särskilt relevant att undersöka för detta arbete, Asylprocedurdirektivet¹⁷³ som det Europeiska rådet antog den 2 december 2005.¹⁷⁴

Syftet med asylprocedurdirektivet är enligt artikel 1 att fastställa tvingande miniminormer för medlemsstaternas *förfaranden* för beviljande eller återkallande av flyktingstatus. Direktivet innehåller ett antal grundläggande principer och garantier som medlemsstaterna skall uppfylla i samband med handläggningen av asylansökningar i de nationella asylförfarandena.¹⁷⁵ En ovillkorlig garanti är tillgången till domstolsprövning som återfinns i artikel 39.1 asylprocedurdirektivet.

Tillämpningsområdet för asylprocedurdirektivet återfinns i artikel 3. Enligt artikel 3.1 är direktivet (geografiskt) tillämpligt på de asylansökningar som lämnas in på medlemsstaternas territorium, inbegripet vid gränsen eller i deras transitzoner, samt på återkallande av flyktingstatus. Direktivet är tillämplig endast på ansökningar som görs av tredjelandsmedborgare eller statslösa. Direktivet är således inte tillämpligt på asylansökningar av medborgare i en annan medlemsstat.¹⁷⁶

¹⁶⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_sv.htm

¹⁶⁹ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/sv/ec/00200-r1.s9.htm

¹⁷⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:SV:NOT>

¹⁷¹ <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/15/35/15/e6b39580.pdf>

¹⁷² Prop. 2009/10:31 s. 82 och SOU 2006:61 s. 11.

¹⁷³ EUT L 326, 13.12.2005, s. 13, Celex nr 32005L0085.

¹⁷⁴ Det femåriga programmet som utvecklas genom Tammerforsslutsatserna (Tammerforsprogrammet) fortgår under Haagprogrammet; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:SV:NOT>

¹⁷⁵ SOU 2006:61 s. 12. Kuriosum; "The proposal (för Asylprocedurdirektivet) would be subject to more than three years of negotiations in the Council and many informal consultations between the 14 Member States concerned before the Council could accept a general approach on 29 April 2004." Och; "Asylum procedures are embedded in general administrative law, national administrative traditions and specific constitutional arrangements. Admittedly, procedural law is difficult to harmonise and this was one of the first instruments on procedural law affecting national proceedings to be negotiated at EU level." Ackers, The Negotiations, s. 1 f.

¹⁷⁶ SOU 2006:61 s. 55.

Tillämpningsområdet för asylprocedurdirektivet är tredelat.¹⁷⁷ Har medlemsstaten (1) en intern utlänningsrätt som gör åtskillnad på proceduren mellan asylansökningar och övriga skyddsgrunder är asylprocedurdirektivet tillämplig endast på asylärenden och inte på prövningen av andra skyddsgrunder, se artikel 3.1 och artikel 2 B. Däremot (2), om en medlemsstat, vilket är fallet med Sverige¹⁷⁸, utreder samtliga skyddsskäl i ett och samma förfarande (asyl och andra skyddsgrunder), följer av artikel 3.3. att direktivet är tillämpligt under hela förfarandet, det vill säga även övriga skyddsgrunder.¹⁷⁹ Slutligen får (3) medlemsstaterna dessutom besluta att tillämpa asylprocedurdirektivet på förfaranden för att fatta beslut om ansökningar om alla typer av internationell skydd. Det skall noteras för tillämpningsgrund (1) och (2) att ansökningar om asyl skall ha sin grund i de skäl som anges i Genèvekonventionen artikel 1. Vid det utfallet att medlemsstaten har en gemensam utredning för samtliga grunder, måste dessa grunder korrespondera med skyddsgrundsdirektivet artikel 15.¹⁸⁰ Enligt skyddsgrundsdirektivet artikel 15 avses med alternativt skydd, det skydd som ges på grund av att utlänningspersonen riskerar att utsättas för (1) dödsstraff eller avrättning (2) tortyr eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet eller (3) allvarligt och personligt hot mot en civilpersons liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.¹⁸¹

Av artikel 3.4. asylprocedurdirektivet följer att medlemsstaterna dessutom får besluta att tillämpa direktivet på förfaranden för att fatta beslut om ansökningar om alla typer av internationellt skydd. Det vill säga, de kan välja att tillämpa asylprocedurdirektivet på skyddsgrunder som varken utgör asyl enligt Genèvekonventionen eller övriga skyddsgrunder enligt Skyddsgrundsdirektivet artikel 15.

En ovillkorlig garanti är som ovan nämndes tillgången till domstolsprövning som återfinns i artikel 39.1 asylprocedurdirektivet. Artikel 39.1 lyder att "medlemsstaterna skall se till att asylsökanden har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol mot följande beslut". Det kan inledningsvis konstateras att rätten till effektiva rättsmedel i artikel 39.1 fordrar effektiva rättsmedel "inför domstol". Rätten till effektiva rättsmedel fordrar sålunda explicit

¹⁷⁷ De första tillämpningsområdena är obligatoriska, beroende på hur medlemsstaten internt valt att utforma sin utlänningsrätt, den tredje är fakultativ.

¹⁷⁸ SOU 2006:61 s. 56.

¹⁷⁹ Peers, Key Legislative, s. 99.

¹⁸⁰ Jämför med Genèvekonventionen artikel 1.

¹⁸¹ SOU 2006:61 s. 55 och Peers, EU Justice, s. 335. För Sveriges del korresponderar nationell lag med Skyddsgrundsdirektivets definitionen av alternativt skyddsbehövande i artikel 15.

domstolsprövning enligt artikel 39.1. Med detta som utgångspunkt måste en medlemsstat med administrativ myndighet som prövar ansökningarna (till exempel migrationsverket) också ge möjligheten till överklagande till en domstol för att uppfylla kravet på effektiva rättsmedel. Artikel 39 Asylprocedurdirektivet är inspirerat av artikel 47 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) och som sådan har en starkare (extensiv) ställning jämfört med EKMR: s krav på effektiva rättsmedel i artikel 13 eftersom domstolskravet i artikel 39 asylprocedurdirektivet liksom artikel 47 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) fordrar mer än självständig och objektivitet, den fordrar också makt att bekräfta eller ogiltigförklara ett beslut.¹⁸² Artikel 13 i EKMR fordrar, jämförelsevis, "effektiva rättsmedel inför nationell myndighet".

Asylprocedurdirektivets beaktandesats 27 betonar att rätten till domstolsprövning i direktivet är en "grundläggande princip i gemenskapslagstiftning" som "återspeglas i det faktum att beslut som fattas om en asylansökan och en återkallande av flyktingstatus är föremål för ett effektivt rättsmedel inför domstol."

De negativa beslut som har tagits i ett asylförfarande som är berättigat till effektivt rättsmedel enligt asylprocedurdirektivet finns uppräknade, dock icke uttömmande, i artikel 39.1 och tar sin utgångspunkt i en asylansökan.¹⁸³ Artikeln måste läsas tillsammans med artikel 1 och 3, det vill säga asylansökningar i Asylprocedurdirektivets mening med begränsningen till dels Genèvekonventionen dels i ansökningar om andra typer av internationellt skydd som grundar sig på artikel 15 i Skyddsgrundsdirektivet samt vid det utfallet att en medlemsstat genom självpåttagande tillämpar Asylprocedurdirektivet (artikel 5 Asylprocedurdirektivet) på andra ansökningar av internationell skydd.

Det finns ingen möjlighet att tillämpa Asylprocedurdirektivet partiellt, se för denna tolkning¹⁸⁴, beaktandesats 7 och artikel 5, det vill säga att medlemsstater får anta förmånligare regler men ej inskränkande och däri ligger ett krav på att inte vara selektiv. Denna tolkning har stöd i artikel 3.3 och 3.4 Asylprocedurdirektivet där inget utrymme lämnas åt selektivt tillämpning av direktivet under dels vilken period av förfarandet eller dels i vilken del av direktivet samt typen av internationella skydd som direktivet kan gälla.

Rätten till effektiva rättsmedel tillkommer också flyktingar som fått ett beslut om att deras flyktingsstatus återkallas, se 39.1. p e som hänvisar till artikel 38

¹⁸² Hailbronner, Commentary, s. 1306. Det fordras med engelska termen en "court of law". Se också Ackers, The Negotiations, s. 10.

¹⁸³ Hailbronner, Commentary, s. 1307.

¹⁸⁴ Min tolkning.

asylprocedurdirektivet som ligger under kapitel IV "förfaranden för återkallande av flyktingsstatus" i Asylprocedurdirektivet. Artikel 38 asylprocedurdirektivet innehåller dels rättsliga garantier vid förfarandet för återkallelse av flyktingsstatus och dels en hänvisning till Skyddsgrundsdirektivet artikel 14 som lyder under rubriken "återkallande av, upphävande av eller vägran att förnya flyktingstatus".

För detta arbete relevant grund för återkallande av flyktingsstatus i korrespondens med definitionen av säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden finns i artikel 14 punkterna 4 p. a och p. b Skyddsgrundsdirektivet¹⁸⁵, nämligen om det finns skälig anledning att betrakta flyktingen som en fara för säkerheten i den medlemsstat där han eller hon befinner sig eller utgör en samhällsfara i medlemsstaten med hänsyn till att han eller hon genom ett lagakraftvunnet dom har dömts för ett synnerligen allvarligt brott. I litteraturen utvecklas "säkerheten för medlemsstaten" med följande; "The security of a Member State is endangered if the person is threatening the functioning of the political structures and institutions of the country by force or other illegal means including such acts as espionage, sabotage of installations and terrorist activities. A danger of the security, however in the European context may also arise by acts which substantially endanger the status of a EU Member state in its international relations with other states with serious repercussions on a states international status".¹⁸⁶ Jämför kommentaren med 2 och 3 §§ Lag (2003:148) om straff för terroristbrott, rekvisiten i dessa lagrum överensstämmer med kommentaren.¹⁸⁷

Det finns mer att utveckla vad gäller Asylprocedurdirektivet men med hänsyn till ämnets avgränsning fortsätter arbetet härnadan med en analys av artikel 64 EG-fördraget. Som tidigare nämndes menar lagstiftaren att undantag från kravet på domstolsprövning i asylprocedurdirektivet för kvalificerade säkerhetsärenden kan göras och grundar sitt ställningstagande på artikel 64.1 EG-fördraget, som numera är artikel 72 FEUF.

¹⁸⁵ Artikel 14 p 4 och 5 är fakultativa jämfört med artikel 14 p. 1-3 som är obligatoriska. Se Hailbronner, Commentary, s. 1129 och även skillnaderna i ordalydelserna i nu nämnda artiklar.

¹⁸⁶ Hailbronner, Commentary, s. 1135 p. 21.

¹⁸⁷ Jämför även Prop. 2004/05:170 s. 250.

4.3.4. Statens ansvar för att upprätthålla lag, ordning och säkerhet

“Den lag jag skall tala om återfinns i den ed som har bevarats åt oss av Aeschines: 'Jag svär att jag aldrig skall förstöra någon av Amfiktyonernas städer, och att jag inte skall avleda dess rinnande vatten; om något folk djärvt göra något dylikt, skall jag förklara det krig och förstöra dess städer.' Det sista stycket av denna lag, som tycks bekräfta det första, strider i själva verket mot det. Amfiktyon stadgar att man aldrig får förstöra grekiska städer, men hans lag öppnar dörren för dessa städers förstörelse. För att införa en god folkrätt hos grekerna borde man ha vant dem vid att anse att det vore något ohyggligt att förstöra en grekisk stad; han borde alltså inte själv ha gjort slut på förstörarna. Amfiktyons lag var rättvis, men den saknade klokhet. Detta bevisas också av det missbruk man gjorde av den.”¹⁸⁸

– Charles-Louis de Secondat Montesquieu –

Redan Maastrichtfördraget tillhandahöll i artikel K nr 2 att EU-fördraget inte kunde ha effekt på "[t]he exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security".¹⁸⁹ När Amsterdamfördraget skiftade på kompetensnivån från tredje till första pelaren, som behandlas ovan, hamnade denna bestämmelse i artikel 64.1 EG-fördraget med lydelsen "[d]enna avdelning skall inte påverka medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten".¹⁹⁰

Upprätthållandet av lag och ordning samt skydd av den inre säkerheten, som stipuleras i artikel 64.1 EG-fördraget måste tas i beaktande vid utmejsling av EU:s kompetens och dess begränsningar inom asylområdet. Legala effekten av artikel 64.1 var högst kontroversiell. Vissa författare menade att, artikel 64.1 endast innehöll privilegiet som tillkommer en stat att *utöva* "public order powers"¹⁹¹ också inom avdelning IV. Av denna anledning, jämfört med (och i likhet med) upprätthållande av allmän ordning och säkerhetsartiklarna inom den fria marknaden (inre marknaden), kan inte artikel 64.1 inskränka de nya EU kompetenserna liksom domstolens kompetens att rättsligt granska utövandet av nationell "public order powers". Om domstolens rättspraxis för "public order powers", relaterat till fria marknaden skulle fullt ut tillämpas i avdelning IV EG-fördraget, skulle detta innebära att konceptet i artikel 64.1 tolkas restriktivt och är mål för en proportionalitetsbedömning utvecklat av

¹⁸⁸ Montesquieu, Om lagarnas anda, s. 366.

¹⁸⁹ Det sagda definierar också vad som avses med "public order powers".

¹⁹⁰ Hailbronner, Commentary, s. 3.

¹⁹¹ Med "public order powers" åsyftas medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten.

Europadomstolen som relaterar till att balansera mellan det offentliga intresset och grundläggande marknadsfriheter för att rättfärdiga restriktioner.¹⁹²

Det finns emellertid substantiella skillnader mellan "public order exceptions" i marknadsfriheterna och medlemsstaternas privilegium under artikel 64.1 EG-fördraget. För det första omfattar artikel 64.1. EG-fördraget, genom sin ordalydelse, ett vidare tillämpningsområde jämfört med övriga "public order exceptions". För det andra – och viktigare att ta fasta på – tillämpas artikel 64.1 EG-fördraget vid kontroll av medborgare från tredjeländer/statslösas inträde och vistelse som, till skillnad från unionsmedborgare, inte åtnjuter rätten till fri rörlighet som återfinns i artikel 26 FEUF (tidigare artikel 14 EG-fördraget). I enlighet härmed kan principerna som utmejslats för att begränsa den fria rörligheten för unionsmedborgare som utvecklats i domstolens praxis, inte helt utan viss differentiering tillämpas på tredjelandsmedborgare/statslösa genom analogi. Avdelning IV etablerar inte en individuell rätt till fri rörlighet inom Europeiska unionen, avdelning IV kartlägger istället en EU-rätt som beskriver under vilka termer som tredjelandsmedborgare får inträda och vistas i medlemsstaternas territorium. Följaktligen, tolkningen av allmän ordning och säkerhetskonceptet i stil med marknadsfriheterna, riskerar att ignorera dessa åtskillnader som relaterar till ett rättsligt ramverk som skiljer sig från den som återfinns i avdelning IV.¹⁹³

Är analogier sålunda inte tillåtna med ledning av ovan anförda? Svaret på frågan är inte ett bekvämt jakande eller nekande, utan en lösning som förespråkas är att analogierna måste ha beaktande åtskillnaden beskrivet ovan, för att vara träffande och vidare utgå från analogier som grundar sig på individuella rättigheter, som har samma legala struktur och använder samma ordalydelse för att rendera ett resultat som är rättsligt hållbart.

Det går inte att ignorera det faktum att Rådet proklamerade i Tammerfors år 1999 att legala statusen av tredjelandsmedborgaren skulle ungefär uppgå till unionsmedborgarnas. Beaktandesatsen till Direktiv 2003/109/EG refererar också till denna proklamation i Tammerfors. Mot bakgrund av detta menar Hailbronner att "[i]n spite of the legal differences the concept of individual rights of third country national is suitable to support analogies to the interpretation of public order exceptions relating to market freedoms only as far as EU law is granting individual rights to third country nationals. Although third

¹⁹² Hailbronner, Commentary, s. 4.

¹⁹³ Hailbronner, Commentary, s. 4.

country nationals derive their rights only from secondary EU law, the European Court has relied upon similar clauses laid down in the regulations and directives enacted within the Title IV area. The European legislator itself has by unanimous decision established the basis for such analogy. It is therefore unlikely that the Court will attach much weight to differences between public order exceptions to market freedoms and public order exceptions laid down in secondary EU law based upon art 64 TEC^[194], unless the Member States have explicitly by using different formulations indicated their intention to arrive at different solutions. Analogies have to be justified by the use of identical wording and equal structure and content of the provisions of a directive or regulation.”¹⁹⁵

Genom Lissabonfördraget har artikel 72 FEUF ersatt artikel 64 EG-fördraget och uttryckligen bekräftat innehållet i före detta artikel 64 EG-fördraget.¹⁹⁶ Vare sig ordalydelsen eller förarbetena till Lissabonfördraget ger anledning att ifrågasätta fördelningen av legala kompetenser härvid mellan medlemsstaterna och unionen. Sålunda bekräftar artikel 72 FEUF å ena sidan att upprätthållandet av allmän ordning och lag samt inre säkerhet *inte* kan fastställas uniformt på EU nivå utan att lämna viss handlingsfrihet till medlemsstaterna. Av denna anledning bekräftar artikel 72 FEUF att administrativa kompetensen att applicera åtgärder för upprätthållande av allmän ordning, lag och inre säkerhet ankommer på medlemsstaterna. Å andra sidan begränsar artikel 72 FEUF jämväl nivån på harmoniseringen av upprätthållande av allmän ordning, lag och inre säkerhet. Följaktligen kan artikel FEUF 72 (ex artikel 64 EG-fördraget) tjäna som tolkningsklausul för att bevara en viss grad av handlingsfrihet för medlemsstaternas i deras tillämpning av Europeisk asylrätt där restriktiva åtgärder vidtas för att upprätthålla allmän ordning, lag och inre säkerhet.¹⁹⁷ Och härvid kan den komplicerade analogimetod som förespråkas ovan användas.

Ovan konstaterades att Europadomstolen utvecklat grundtankar till hur artikel 64.1 EG-fördraget tolkas, det vill säga, restriktivt och mål för en proportionalitetsbedömning. Vid en undersökning av de rättsfall den svenska lagstiftaren åberopar bekräftas ståndpunkten att det ankommer på medlemsstaterna att besluta om lämpliga åtgärder för att säkerställa

^[194] "See art. 12 of Directive 2003/109/EC; see *Handoll*, Directive 2003/109/EC, art. 12, marg, no. 6, in this volume".

¹⁹⁵ Hailbronner, Commentary, s. 5.

¹⁹⁶ Peers, Legislative Update, s. 224.

¹⁹⁷ Hailbronner, Commentary, s. 5.

inre och yttre säkerhet. Det som regeringen inte berör explicit, dock implicit¹⁹⁸, är nu nämnda, fasta konceptet av proportionalitetsbedömning som måste göras.

I de, av lagstiftaren åberopade rättsfallen¹⁹⁹ bekräftas *dels* medlemsstaternas kompetens att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa inre och yttre säkerhet *dels* att "[v]arje gång det görs undantag från en rättighet för enskilda, [...] måste hänsyn tas till proportionalitetsprincipen som är en av de allmänna principer som ligger till grund för gemenskapernas rättsordning. Enligt denna princip får undantagen inte överskrida gränserna för vad som är *lämpligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade målet* samt skall likabehandlingsprincipen i vidast möjliga omfattning förenas med de krav på allmän säkerhet som bestämmer villkoren för utförandet av den ifrågavarande verksamheten."²⁰⁰ Det sagda bekräftas också i Mål C-285/98²⁰¹ och Mål C-273/97²⁰².

En relevant fråga är härvid, vilken typ av ansvar och åtgärd som avses i artikel 72 FEUF (ex artikel 64 EG-fördraget)? Inledningsvis kan det konstateras att asylrätten traditionellt hör till den nationella allmänna ordningen. Därmed inte sagt att, artikel 72 FEUF (ex artikel 64 EG-fördraget) kan tolkas på så vis att medlemsstaterna *behåller* primära ansvaret i relation till migration och asylområdet som numera regleras i avdelning V, FEUF. Artikel 64 EG-fördraget måste tolkas i en mera restriktiv mening där ansvaret som åligger staten endast avser; "the prevention of imminent dangers for the maintenance of law and order and internal security. 'Responsibility' as defined in Article 64, therefore, refers to the exercise of police power rather than to the formulation of an immigration policy and the legal conditions under which third-country nationals will be permitted to enter Union territory. On the other hand, Art. 64 can also be understood as setting up limits to Community action in so far as it is not the task of the European Community to issue regulations restricting the exercise of police power relating to the maintenance of law and order and internal security."²⁰³ Hailbronner menar alltså att medlemsstaten ansvar är inskränkt till själva utövandet i syfte att avvärja en konkret fara i en given situation.²⁰⁴ Professor Steve Peers har förenlig mening härvid; "[d]oes Article 64(1), referring to Member States responsibilities as

¹⁹⁸ "Med hänsyn till att undantaget från rätten till domstolsprövning enbart gäller en särskild och begränsad kategori av ärenden där säkerhetsaspekten är särskilt kvalificerad är förslaget enligt regeringens mening förenligt med gemenskapsrätten." Prop. 2009/10:31 s. 240.

¹⁹⁹ För fullkomlig rättsfallsförteckning, se nedan under rubriken 6.3 Rättsfall.

²⁰⁰ Mål C-222/84, Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, REG 1986 s. 01651 p. 38. Se också p. 26. Kursiverat här.

²⁰¹ Tanja Kreil mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2000 I-00069, p. 24 och 25.

²⁰² Angela Maria Sirdar mot The Army Board och Secretary of State for Defence REG 1999 I-07403, p. 26. 27 och 28

²⁰³ Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 15.

²⁰⁴ Jämför Ju2008/10100/L7 s. 1.

regards law, order, and security, limit the EC's competence? Since the Court of Justice has always interpreted derogations from the EC Treaty restrictively, and long ago rejected the idea that all immigration issues must be considered matters of public order, the better view is that Article 64(1) simply confirms that implementation of measures adopted pursuant to Title IV of Part Three of the EC Treaty is left to the Member States' authorities, particularly as regards coercive measures. ”²⁰⁵

Enligt denna tolkning, får den svenska lagstiftaren överhuvudtaget inte stifta en lag i syfte att upprätthålla allmän ordning, lag och inre säkerhet, utan, medlemsstatens ansvar är inskränkt till själva utövandet i syfte att avvärja en konkret fara i en given situation, såsom polisiära tvångsåtgärder och insatser. Dessutom innebär den svenska lagstiftningen som uttryckligen grundas på artikel 64 EG-fördraget en inskränkning av en rättighet som tillkommer den enskilde i ett direktiv. Det återstår nu att analysera huruvida det går att stanna härvid och döma ut den svenska lagstiftningen som icke förenlig med EU-rätten, att Sverige överskridit sin kompetens i artikel 64 EG-fördraget, eller om Sverige trots artikelförfattarens argumentation har rätt att införa processuella regler (det är trots allt inte materiella krav såsom; ”formulation of an immigration policy and the legal conditions under which third-country nationals will be permitted to enter Union territory”²⁰⁶

²⁰⁵ Se Peers, EU Justice, s. 114 och Peers, Legislative Update, s. 224.

²⁰⁶ Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 15. Jämför; Det bör noteras att det sagda också visar på asylrättsliga ramverkets åtskillnad från övriga EU-rätten eftersom; ”The ECJ ruled that the term ‘measures’ in Directive 64/221 should have a broad construction, covering not only national legislative measures but also individual decisions taken, which should therefore be subject to judicial control as required by the Directive”. Se Craig & De Búrca, EU law, s. 831. Som ovan nämndes är direktivet 64/221 idag upphävt genom direktiv 2004/38/EG men enligt direktivets artikel 38 p 3 gäller att all hänvisning till direktiv 64/221, numera är omdirigerat till direktivet 2004/38/EG, sålunda är praxis alltså gällande men inte relevant härvid för europeiska asylrätten.

5. Analys och resultat

”[D]et är en ständig erfarenhet att varje människa som har makt är benägen att missbruka den. Hon går så långt hon kan tills hon stöter sig på gränser.”²⁰⁷

– Charles-Louis de Secondat Montesquieu –

5.1. Bakgrund

Det primära syftet med föreliggande uppsats har varit att söka klarhet i en tolkningstvist mellan lagstiftaren å ena sidan och viktiga remissinstanser å andra sida vad gäller tillämpningsområdet för artikel 64 EG-fördraget (numera artikel 72 FEUF). Frågan är huruvida undantag från rätten till domstolsprövning enligt artikel 39 asylprocedurdirektivet för kvalificerade säkerhetsärenden är möjlig med stöd av artikel 64 EG-fördraget.

5.2. Svar på frågeställningar

Den första frågan som föreliggande uppsats utreder är huruvida Asylprocedurdirektivets krav på domstolsprövning i artikel 39.1 är tillämplig på säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden eller inte. Svaret är tydlig, artikel 39.1 Asylprocedurdirektivet är tillämplig. Denna fråga har inte heller varit omstridd, även lagstiftaren anser att Asylprocedurdirektivet är tillämplig på säkerhetsärenden (dock avvikande mening om direktivets tillämplighet på LSU, behandlas nedan). Det är också EU:s linje att även säkerhetsärenden skall omfattas av direktivet.²⁰⁸ Asylprocedurdirektivets tillämpningsområde är i praktiken snävt och är beroende av hur medlemsstaten har konstruerat den nationella utlänningsrätten. Har medlemsstaten en intern utlänningsrätt som gör åtskillnad på proceduren mellan asylansökningar och övriga skyddsgrunder är asylprocedurdirektivet tillämplig endast på asylärenden och inte på prövningen av andra skyddsgrunder, se artikel 3.1 och artikel 2 B. Däremot, om en medlemsstat, vilket är fallet med Sverige, utreder samtliga skyddsskäl i ett och samma förfarande (asyl och andra skyddsgrunder), följer av artikel 3.3. att direktivet är tillämpligt under hela förfarandet, det vill säga även övriga skyddsgrunder. Vilka dessa andra skyddsgrunder är framgår av artikel 15 Skyddsgrundsdirektivet. Emellertid är kravet på domstolsprövning långtgående när direktivet väl är tillämplig för en asylsökande. Att Sverige gör åtskillnad mellan säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden har i det här

²⁰⁷ Montesquieu, Om lagarnas anda, s. 110.

²⁰⁸ SOU 2006:61 s. 192. För EU existerar inte ”kvalificerade säkerhetsärenden”, det är således en nationell konstruktion i Sverige.

sammanhanget ingen rättslig betydelse eftersom Asylprocedurdirektivet inte gör en sådan distinktion eller undantag. Asylprocedurdirektivet nämner överhuvudtaget inte "säkerhetsärenden". Här kan det vara av intresse att återge utredarnas kommentar om asylprocedurdirektivets tillämplighet på LSU; "Artikel 39 i asylprocedurdirektivet berör [...] *asylförfarandet* och därigenom UtL: s bestämmelser på det området. Även om det inte finns något formellt hinder mot att tillämpa LSU gentemot en utlänning som har sökt asyl måste man beakta att *LSU inte på något sätt reglerar asylförfarandet* eller ens använder begrepp såsom uppehållstillstånd, flyktingsförklaring etc. LSU: s bestämmelser i sig ger alltså inte anledning att anpassa den lagen efter artikel 39. Denna artikel bör därför kunna föranleda ändringar endast i UtL."²⁰⁹

Jag håller som framgått ovan inte med denna tolkning. Som jag nämnde tidigare återfanns bestämmelserna i LSU tidigare i UtL. Det förhållandet att LSU numera står utanför UtL förändrar inte det faktum att Säkerhetspolisen genom sin exklusiva rätt att klassificera ett ärende såsom "kvalificerat säkerhetsärende" rycker ut ärendegruppen från UtL tillämpningsområde och överlåter bedömningsrätten till regeringen i strid med artikel 39.1 asylprocedurdirektivet som fordrar domstolsprövning av statusförklaring, uteslutning och återkallelse av sådan statusförklaring. Det är märkligt att LSU inte skulle ha någonting med asylförfarandet att göra när valet av instansordning och därmed asylförfarandet totalt förändras om säkerhetspolisen klassificerar ett asylärende såsom kvalificerat säkerhetsärende. Här skall det inte glömmas att LSU numera är utvidgat, om utlänningen har ansökt om uppehållstillstånd, statusförklaring eller resedokument slås de samman till ett kvalificerat ärende, 2 § LSU.

Det skall särskilt noteras att EU-rätten är en självständig rättsordning skild från nationell som internationell rätt. Parallellt utgör den en del av den nationella rätten i medlemsstaten.²¹⁰ Utan att fördjupa mig i saken kan det pekas på att, det finns argumentationsutrymme för att artikel 39 i Asylprocedurdirektivet har *direkt effekt*²¹¹ eftersom artikeln utgör en bindande skyldighet med en korresponderande rättighet och torde uppfylla kriterierna tydlighet, precision och ovillkorlighet.²¹² Asylombud skulle kunna åberopa artikel 39.1 och argumentera för att artikeln har direkt effekt och, vid det utfallet att artikel 39 anses ha direkt effekt, måste därmed den nationella rätten (LSU) vika för EU-rätten.

²⁰⁹ SOU 2006:61 s. 188.

²¹⁰ Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2010, s. 75 f.

²¹¹ Med direkt effekt avses att vissa av EU-rättens bestämmelser kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter vilka kan göras gällande av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter, Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2010, s. 84.

²¹² Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2010, s. 83 f.

Svaret på den första frågan kan således formuleras: Artikel 39.1 Asylprocedurdirektivet uppställer som huvudregel krav på domstolsprövning och saknar uttrycklig undantagsregel. De negativa beslut som har tagits i ett asylförfarande som är berättigat till effektiv rättsmedel inför en domstol enligt asylprocedurdirektivet finns uppräknade, dock icke uttömmande, i artikel 39.1 och tar sin utgångspunkt i en *asylansökan*. Artikel 39 måste läsas tillsammans med artikel 1 och 3, det vill säga *asylansökningar i Asylprocedurdirektivets mening*, detta i sin tur vill säga, är begränsat till dels Genèvekonventionen och dels i ansökningar om andra typer av internationellt skydd som grundar sig på artikel 15 i Skyddsgrundsdirektivet. Eftersom Sverige utreder samtliga skyddsskäl i ett sammanhållet förfarande, så är Asylprocedurdirektivet tillämplig på hela förfarandet. Följaktligen gäller rätten till domstolsprövning samtliga fall som omfattas av direktivet, även säkerhetsärenden (Utl) och kvalificerade säkerhetsärenden (LSU). Att Sverige gör en distinktion mellan säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden saknar rättsligt betydelse vid prövningen av rätten till domstolsprövning i Asylprocedurdirektivet. LSU: s instansordning med migrationsverket som första instans och regeringen som slutinstans är inte förenlig med artikel 39 Asylprocedurdirektivet.

Jag har ovan konstaterat att Asylprocedurdirektivet och dess artikel 39 är tillämplig på säkerhetsärenden och kvalificerade säkerhetsärenden. En viktig fråga som ansluter till den föregående är huruvida undantaget från artikel 39.1 Asylprocedurdirektivet som Sverige har konstruerat genom LSU är förenlig med EU-rätten?. Detta har också varit lagstiftarens intention med varierande motiv. En iakttagelse är att Asylprocedurdirektivets tillämpningsområde är snäv och märkligt konstruerat eftersom medlemsstaterna inte ville tillhandahålla alltför långtgående rättigheter som de är bundna av på en överstatlig nivå. Faktum är att jurister och icke-statliga organisationer blev besvikna över Asylprocedurdirektivets slutgiltiga version eftersom det fanns stora förväntningar. Asylprocedurdirektivet är det första internationella regleringen av asylförfarandet och det första europarättsliga harmoniseringen inom processuella området. Förhandlingarna vid Asylprocedurdirektivet betecknas som tuffa och länderna var måna om att få till de inskränkningar och undantag som var aktuella från början.

“In conclusion, despite some minor improvements or clarification on specific aspects, the standards of protection are significantly lower in the final Directive²¹³ as compared to the Commission’s 2002 proposal, particularly as regards appeals, exceptions from core procedural safeguards (especially legal aid and personal interviews), the definition of ‘safe third country’, ‘first country of asylum’ and ‘safe

²¹³ Asylprocedurdirektivet som avses här.

country of origin', the mandatory list of 'safe countries of origin', and the standards applicable to appeals."²¹⁴

"The development of Community competence on asylum seemed to promise so much. It presented an opportunity to break out of the cycle of competitive lowering of standards relating to asylum, by adopting Community rules setting a high level of standards applicable and enforceable across entire Community, taking into account also the involvement of the Commission and the European Parliament, traditionally supporters of high standards in this area. The outcome has been rather disappointing."²¹⁵

Det finns som tidigare nämnts inget uttryckligt undantag till artikel 39.1 asylprocedurdirektivet och ytterligare inskränkningar än de som förhandlades fram vid asylprocedurdirektivets uppkomst var inte tänkt.²¹⁶ Vilka fall som skall underkastas domstolsprövning är exemplifierande och följaktligen inte uttömmande, läs ordalydelsen till artikel 39; "medlemsstaterna skall se till att asylsökande har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol mot följande beslut, (a) **Ett beslut som fattats om en asylansökan, inbegripet ett beslut att**".²¹⁷ Det är av denna anledning som lagstiftaren sökt möjligheter till undantag genom beaktandesats 28 som stipulerar att Asylprocedurdirektivet i enlighet med artikel 64.1 i EG-fördraget inte påverkar medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten. Det är således ett indirekt undantag i en beaktandesats som åberopas av lagstiftaren.

Utredningen visar att artikel 64 EG-fördraget numera efter Lissabonfördragets genomförande är artikel 72 i FEUF men att det har samma rättsliga innebörd. Det finns ingen praxis där artikel 64 EG-fördraget eller dess ersättare, artikel 72 FEUF har tillämpats vad gäller reglerna i avdelning V, FEUF eller dess föregångare, avdelning IV, EG-fördraget. Det finns dock praxis inom andra områden, den fria marknaden, där regler kring den fria rörligheten för unionsmedborgare eller olika typer av diskriminering har behandlats. Av denna anledning får praxis härvid och doktrin samt rättsvetenskapliga artiklar konsulteras.

Praxis från den fria marknaden, där "public powers" har åberopats är entydig, restriktiv och en fast koncept av proportionalitetsprincipen har utvecklats. I praxis bekräftas dels medlemsstaternas kompetens att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa inre och yttre säkerhet (en statlig privilegium) samt dels att "[v]arje gång det görs undantag från en

²¹⁴ Peers, Key Legislative, s. 106 f.

²¹⁵ Peers, EU Justice, s. 352.

²¹⁶ Noll, Gregor, remissyttrande, Dnr J 2008/770, Lunds Universitet, 2009-02-01.

²¹⁷ Kursiverat här.

rättighet för enskilda, [...] måste hänsyn tas till proportionalitetsprincipen som är en av de allmänna principer som ligger till grund för gemenskapernas rättsordning. Enligt denna princip får undantagen inte överskrida gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade målet samt skall likabehandlingsprincipen i vidast möjliga omfattning förenas med de krav på allmän säkerhet som bestämmer villkoren för utförandet av den ifrågavarande verksamheten.”²¹⁸

Noteras bör att analogislutsatser av tillämpningen av artikel 64 EG-fördraget i den fria marknaden är möjlig dock måste följande beaktas. Artikel 64.1 EG-fördraget tillämpas vid kontroll av medborgare från tredjeländer/statslösas inträde och vistelse som, till skillnad från unionsmedborgare, inte åtnjuter rätten till fri rörlighet som återfinns i artikel 26 FEUF (tidigare artikel 14 EG-fördraget). I enlighet härmed kan principerna som utmejslats för att begränsa den fria rörligheten för unionsmedborgare som utvecklats i domstolens praxis, inte helt utan viss differentiering tillämpas på tredjelandsmedborgare/statslösa genom analogi. Avdelning IV etablerar inte en individuell rätt till fri rörlighet inom Europeiska unionen, avdelning IV kartlägger istället en EU-rätt som beskriver under vilka omständigheter som tredjelandsmedborgare får inträda och vistas i medlemsstaternas territorium. Följaktligen, tolkningen av allmän ordning och säkerhetskonceptet i stil med marknadsfriheterna, riskerar att ignorera dessa åtskillnader som relaterar till en rättslig ramverk som differerar från den som återfinns i avdelning IV.

För att uppfylla sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten har Sverige vidtagit *en lagstiftande åtgärd*. Det skall dock noteras att Sverige, jämfört med tidigare ordningen där även säkerhetsärenden inte omfattades av rätten till domstolsprövning, utvidgat rätten till domstolsprövning för säkerhetsärenden. De behandlas numera som ordinära ärenden enligt UtIL med rätt till domstolsprövning. Denna utveckling har fördjupat Sveriges position som rättsstat. Den åtgärd som är i fokus är dock LSU. Genom denna lag, undandras ärendegruppen som betecknas ”kvalificerade säkerhetsärenden” från UtIL och därmed fråntas även möjligheten till domstolsprövning. Överklagande i LSU kan endast ske till regeringen, dock behåller Migrationsöverdomstolen rätten att utreda om det finns hinder enligt 12 kap. 1, 2 eller 3 § UtIL mot att beslutet verkställs. Detta undantag visar

²¹⁸ Mål C-222/84, Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, REG 1986 s. 01651 p. 38. Se också p. 26.

Sveriges seriositet att stifta effektiv lag²¹⁹ men parallellt även värna om rättsäkerheten för individen som behandlas enligt LSU i en av internationella asylrättens viktigaste områden; non-refoulement principen. Enligt min mening överlämnas därmed den viktigaste bedömningsfrågan till domstolen.

Enligt Hailbronner skall Artikel 64 EG-fördraget tolkas restriktivt vid tillämpning i avdelning V FEUF och ansvaret som åligger staten endast avse; "the prevention of imminent dangers for the maintenance of law and order and internal security. 'Responsibility' as defined in Article 64, therefore, refers to the exercise of police power rather than to the formulation of an immigration policy and the legal conditions under which third-country nationals will be permitted to enter Union territory."²²⁰ Denna tolkning har också stöd av Peers²²¹ och Noll²²². Hailbronner menar alltså att medlemsstatens ansvar är inskränkt till själva utövandet i syfte att avvärja en konkret fara i en given situation. Hailbronner går längre och menar att medlemsstaten inte får vidta "[f]ormulation of an immigration policy and the legal conditions under which third-country nationals will be permitted to enter Union territory."²²³ Det är i denna del som det är tydligt att avgöra kompetensfördelningen mellan medlemsstaten och EU. Mot bakgrund av denna kommentar kan det konstateras att LSU inte uppställer några nya eller annorlunda krav som utlänning måste uppfylla för att få vistas i Sverige, dessa krav återfinns alltjämt i UtIL som överensstämmer med internationell- och EU-rätt, främst avdelning V, FEUF.

LSU är en säkerhetsventil vars innehåll tidigare fanns i UtIL och numera, autonomt i LSU, där domstolsprövning undandras med (centrala) motiveringen att (1) Säkerhetspolisen annars inte kan arbeta effektivt med underrättelsetjänster och (2) att det är regeringen som ansvarar för rikets säkerhet, och av denna anledning är bäst lämpade att avgöra frågan huruvida asylsökande i ett säkerhetsärende skall få vistas i Sverige eller inte samt (3) att Sverige inte skall bli tillflyktsord för terrorister. Med denna distinktion för ögonen kan det argumenteras för att Sveriges åtgärd att stifta en lag (LSU) i sig inte utgör

²¹⁹ Effektivitet ur Säkerhetspolisens perspektiv, Säkerhetspolisen har som tidigare nämnts anfört att, en rätt till domstolsprövning av kvalificerade säkerhetsärenden kan komma att få avgörande betydelse för myndighetens handläggning. Uppgifter som Säkerhetspolisen erhåller från andra länders säkerhets och underrättelsetjänster lämnas vanligtvis med förbehållet att mottagande underrättelsetjänst inte får lämna uppgiften vidare till nationella myndigheter, vilket innebär att uppgiften inte heller kan lämnas till domstol. Det internationella underrättelsearbetet har mycket stor betydelse för Säkerhetspolisens arbete med utlänningsärenden. Det kan till och med vara så att ett säkerhetsärende helt och hållet bygger på sådan information. Den föreslagna ordningen kan medföra att vissa säkerhetsärenden inte kommer att bli föremål för en helhetsbedömning eller att ett säkerhetsärende överhuvudtaget aldrig anmäls. Se Prop. 2009/10:31 s. 234.

²²⁰ Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 15.

²²¹ Se Peers, EU Justice, s. 114 och Peers, Legislative Update, s. 224.

²²² Noll, Gregor, remissyttrande, Dnr J 2008/770, Lunds Universitet, 2009-02-01.

²²³ Hailbronner, Treaty of Amsterdam, s. 15.

kompetensöverskridande ur ett EU-rättsligt perspektiv²²⁴ – det är inga nya krav eller villkor utan ett undantag från en rättighet som återfinns i ett direktiv. Frågan är således om undantaget är förenlig med Asylprocedurdirektivet, om inte, är det likväl kompetensöverskridande men ur ett annat led, dvs., överskridande av ”public powers”.

Åtgärden, att i lag undandra en ärendegrupp från en rättighet som tillkommer tredjelandsmedborgare i Asylprocedurdirektivet kan närmast betraktas som en *förebyggande* åtgärd och inte ”the prevention of imminent dangers”. I vart fall brister det i ”imminent dangers” avseendet. Ärendegruppen är i sig mycket snäv men parallellt med ett brett ärendespektrum och därtill är kopplingen mellan UtIL säkerhetsärenden och LSU: s kvalificerade säkerhetsärenden oklart och lämnar därmed utrymme för Säkerhetspolisens godtycke, vilket inte är förenligt med rättssäkerhetsprincipen. Mot bakgrund av den restriktiva praxis inom den fria marknaden framstår LSU därför som klart oproportionerligt. Enligt denna princip får ett undantag inte överskrida gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

Om det eftersträvade målet är att Sverige inte skall bli tillflyktsort för terrorister finns det undantag (uteslutning) från statusförklaring som flykting eller alternativt skyddsbehövande som måste anses som tillfyllest, se till exempel artikel 12, 14, 17, 19 Skyddsgrundsdirektivet och artikel 1 F Genèvekonventionen samt UtIL 4:2 b och 2 c. Av denna anledning framstår det som uppenbart att det är Säkerhetspolisens, vad jag vill beteckna såsom ”administrativa intressen” som tillgodosetts genom LSU.

Att domstolar skulle vara sämre bedömare av kvalificerade säkerhetsärenden är svårförståeligt mot bakgrund av dels möjligheterna att sätta samman en domstol med ledamöter med utrikespolitisk expertis dels mot bakgrund av att Lag (2003:148) om straff för terroristbrott tillämpas av allmänna domstolar i nuvarande ordning.²²⁵ Man kan undra, om inte de argument som görs gällande mot att domstolen skall döma i kvalificerade säkerhetsärenden inte gäller vid tillämpningen av Lag (2003:148) om straff för terroristbrott. Frågan är också huruvida utrikespolitiska bedömningar överhuvudtaget skall ha relevans i ett asylärende. Mot bakgrund av att uppkomsten av asylprocedurdirektivet inte berörde denna fråga och EU: s inställning är att även säkerhetsärenden omfattas av domstolskravet kan det ifrågasättas om denna ståndpunkt skall få ett så avgörande betydelse. Utrikespolitiska

²²⁴ Främst avdelning V, FEUF, EU: s kompetenser.

²²⁵ Se <http://www.dn.se/nyheter/sverige/fyra-ar-for-stampling-till-terror>

bedömningar hör inte hemma i en domstol som fristående värde i sig utan som tolknings- och bedömningsunderlag för de rättsregler som skall tillämpas. Den svenska lagstiftaren marginaliserar svenska domstolar med de argument som görs gällande.²²⁶ Vi behöver bara lyfta på blicken över Östersjön mot Tyskland där säkerhetsärenden bedöms av domstol i underinstans som i överinstans.²²⁷

Det kan konstateras att det är den enskildes rättssäkerhetsanspråk som står mot en förvaltningsmyndighets möjligheter att effektivt utföra sitt uppdrag. Vid en proportionalitetsbedömning är det svårt att förstå nödvändigheten att i förväg frånta en asylsökande i ett kvalificerat säkerhetsärende rätten till domstolsprövning för att uppfylla behovet av administrativa åtgärder. Det finns alternativa lösningar (till exempel en särskild sammansatt domstol och utformningen av sekretessregler) som skulle minska gapet mellan att inte ha rätten till domstolsprövning till att ha någon form av specialdomstol. Den senare ordningen fördjupar rättsstaten och för den närmare dess ideal. Förvisso är ämnesområdet begränsat och ärendefrekvensen mycket låg, emellertid mot bakgrund av fallet med de utvisade Egyptierna²²⁸ vågar jag påstå att även ett litet moln kan skymma solen.

Svaret på den andra frågan kan således formuleras: Asylprocedurdirektivet gör endast en hänvisning till artikel 64 EG-fördraget i beaktandesats 28 som i det ifrågavarande direktivet skall tillämpas ”i enlighet med” artikel 64 EG-fördraget. Artikel 72 FEUF som ersätter artikel 64 EG-fördraget genom Lissabonfördraget innebär inga nyheter, tvärtom bekräftas uttryckligen rättsliga innebörden av artikel 64 EG-fördraget. Artikel 72 FEUF innebär sålunda en bekräftelse av att, vad som utgör lämplig åtgärd för att upprätthålla allmän ordning, säkerhet och skydd av den inre säkerheten, ankommer exklusivt på medlemsstaten (privilegium). Men åtgärden som medlemsstaten vidtar för att göra ett undantag från avdelning V, FEUF och/eller sekundärrätten²²⁹ härur, är dels begränsat till polisiära tvångsåtgärder i syfte att avvärja en konkret fara i en given situation dels underkastat domstolens granskning som bygger på att kontrollera åtgärdens förenlighet med EU-rätten, främst en proportionalitetsprövning. Analogier vid tolkning av artikel 72 FEUF (ex artikel 64 EG-fördraget) är möjlig om man beaktar rättsliga skillnader i regelverket mellan avdelning V genom Lissabonfördraget (tidigare avdelning IV i Amsterdamfördraget) å ena sidan och övrig EU-rätt å andra sidan. Proportionaliteten brister i förhandenvarande fall eftersom det inte kan anses *nödvändigt* för att ”förebygga överhängande faror” att i en nationell lag frånta rätten till domstolsprövning som tillkommer den enskilde i ett EU-direktiv.

²²⁶ Dock ej fullt ut; Migrationsöverdomstolen kan trots allt binda regeringen med verkställighetshinder i enlighet med principen om non-refoulement.

²²⁷ SOU 2006:61 187.

²²⁸ <http://www.dn.se/nyheter/politik/hard-kritik-for-utvisning-av-egyptier>

²²⁹ Hailbronner, Commentary, s. 5. Jämför dock Prop. 2009/10:31 s. 240; ”Primärrätten, dvs. fördragstexten och EG-domstolens tolkning av denna, gäller före sekundärrätten, dvs. bestämmelser antagna av EU:s institutioner såsom direktiv och förordningar. Artikel 64 i EG-fördraget kan därmed i vissa fall medföra att bestämmelser i sekundärrätten inte kan tillämpas även om de är gynnande för enskilda.” Lagstiftarens tolkning är inte förenlig med Hailbronners, den senare har en välargumenterad tolkning som jag instämmer i.

5.3. Tre centrala iakttagelser

Den första iakttagelsen är att presumtiva terrorister har en avskalad asylrätt. Förvisso är det inte en "right of asylum" som konventionsstaterna har att tillhandahålla men jämfört med övriga asylsökanden kan presumtiva terrorister endast räkna med non-refoulement principen även om de uppfyller kriterierna för flyktning. En sådan ordning i sig är naturlig men inte utan en domstolsprövning enligt artikel 39.1 Asylprocedurdirektivet. Låt vara att non-refoulement principen prövas av Migrationsöverdomstolen, se 3 § LSU.²³⁰ Även frågan om uteslutningsmöjligheterna från statusförklaring skall bedömas av domstol. Det undantag som Sverige har konstruerat är inte förenlig med Asylprocedurdirektivet eller vid tillämpning av artikel 72 FEUF (ex artikel 64 EG-fördraget) eftersom proportionaliteten brister i att det inte kan anses nödvändigt för att "förebygga överhängande faror" att i en nationell lag frånta rätten till domstolsprövning som tillkommer den enskilde i ett direktiv. Det förefaller snarare som att lagstiftaren vill avvärja faror som kan uppstå om underrättelsematerial offentliggörs och personal eller andra som har samarbetat med Säkerhetspolisen riskerar en fara att utsättas för hot, påtryckningar eller våld. Även här finns det alternativa metoder, framför att helt utesluta rätten till domstolsprövning, som bättre skulle göra sig gällande vid en proportionalitetsbedömning och harmonisera med rättsstatsideologin.

Den andra iakttagelsen är att stämplingen som presumtiv terrorist blir en avsevärd belastning för den enskilde, vilken kan följa honom till ett annat land, där han kanske vill övergå till ett mera normalt liv. Det kan hävdas att Sveriges rätt att bestämma vilka utlänningar som skall få vistas i riket inte utan vidare legitimerar staten att utan full bevisning peka ut en person som en - låt vara endast presumtiv - farlig brottsling.²³¹

Den tredje iakttagelsen är längre och något sammanblandat. Utanför avgränsningen till denna uppsats ligger politiska färger, människosyn och makt. Det har inte varit helt lätt att utesluta dessa stämningar som ständigt gjorde sig gällande i den allmänna debattatmosfären som råder i Sverige och som nyheterna om terrordåd inrikes som utrikes spär på. Sveriges första självmordsattentat inträffade i skrivande stund. Det är lätt att bli rädd, lätt att vilja stifta strängare lagrum.

²³⁰ Se också Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2006 s. 397.

²³¹ Prop. 1990/91:118 s. 34.

Eftersom det saknas praxis är det på argumentationen uppsatsen stannar vid. I framtiden får Europadomstolen avgöra vilka argument som skall ha företräde och mitt antagande är att lagstiftarens inställning är just detta. Det är en medveten riskinställning att "köra på tills hon stöter sig på gränsen". Genom att överlåta bedömningen av principen om non-refoulement på Migrationsöverdomstolen har lagstiftaren visat att hon i alla fall tagit lärdomar av fallet med de utvisade egyptierna. Denna säkerhetsventil kommer med all sannolikhet förlänga tiden tills ett nytt fall stöter sig på gränsen. Detta är ljuset i tunneln.

Asylprocedurdirektivet uppfyllde inte förväntningarna om en hög standard på asyلفörfarandet med rättsgarantier av hög kvalitet. Det är ett direktiv fyllt av kompromisser, Danmark hoppar in när det passar dem (opt. in klausul), tillämpningsområdet är beroende av den nationella rättens uppbyggnad och kritik framförs om att termer som används i Asylprocedurdirektivet inte är i överensstämmelse med de termer som används i andra internationella sammanhang, begreppen i termerna är oklara. Sverige vill också göra ett undantag som explicit inte framgår i direktivet eller diskuterades vid dess tillkomst historia och som enligt mina slutsatser inte är förenlig med gällande rätt.

Men för Sveriges del upptäckte jag också att den stora förändringen har redan skett, stora luckor utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv har redan täppts och rättstatens krav iakttagits genom till exempel *Slutbetänkande av kommittén om ny instans och processordning i utlänningsärenden (NIPU)*, SOU 1999:16. På grund av denna reform var Asylprocedurdirektivet eller Skyddsgrundsdirektivet inga svårigheter att uppfylla för Sveriges del. Men risken för, som också påtalas i doktrinen, att en "race to the bottom" effekt kan uppstå om EU-direktiven med miniminormer är klart lägre än de medlemsstater som har en relativt hög standard är överhängande. NIPU var en omfattande reform som dessutom träffar en majoritet av utlänningsärenden, vilket fördjupat Sveriges position som rättsstat påtagligt.

Verkligheten visar också på att lagstiftaren har en inställning till risk och lägger lagstiftningsnivån utifrån denna bedömning och på så vis kompromissar mellan administrativa krav från Säkerhetspolisen och rättssäkerhetskraven för den enskilde på en absolut avskalad nivå till principen om non-refoulement i ett säkerhetsärende av kvalificerat art – låt vara att ordningen strider mot ett EU-direktiv. Det är en liten ärendegrupp, och som Peczenik skriver beror statens legitimitet på, hur mycket ifrågavarande lag berör den

enskilde. Varken LSU eller UtIL regler berör till huvudparten svenska medborgare. Det är först om en enskild råkar allvarligt illa ut som fokus för detta område kommer att falla.

Jag är mycket kritiskt till att rättsliga bedömningar överprövas av andra än domstolar. I en rättsstat skall det alltid gå att överpröva ett beslut i en domstol. Normen att myndighetsutövning i en demokratisk rättsstat bör vara förutsebar är inte uppfyllt i kvalificerade säkerhetsärenden. Den enskilde kan omöjligen känna till sin rättsliga status, vare sig genom egna studier eller genom ombud eftersom partsinsynen också är begränsad. Nota bene, jag menar inte att individer som utgör en fara för samhället skall få vistas i Sverige, jag menar på att den bedömningen om huruvida de utgör en fara eller inte måste avgöras av en domstol vare sig det är nationell säkerhet eller allmänsäkerhet. Att en sådan bedömning skall göras av en domstol, i vart fall vad avser allmän säkerhet, framgår också i mål C-83/94.²³² Argumentationsutrymme för att även nationell säkerhet kan bedömas av en domstol finner jag i att allmänna domstolar i nuvarande ordning tillämpar Lag (2003:148) om straff för terroristbrott. Kort sagt, inte bara principen om non-refoulement skall ligga inom domstolens behörighet, nuvarande ordningen är för inskränkt. Det skall uteslutande vara en rättslig bedömning, inte en politisk.

²³² Leifer m.fl., domstolens dom den 17 oktober 1995. Tolkningen gör jag utifrån domstolens beslut, punkt nummer 3 som lyder; "*Om det föreligger ett hot mot allmän säkerhet — vilket är ett förhållande som skall prövas av den nationella domstolen — kan sökandens skyldighet att bevisa att varorna uteslutande kommer att användas för civilt ändamål eller vägran att meddela tillstånd om varorna objektivt sett kan användas för militärt ändamål anses utgöra rimliga krav.*" Kursiverat här.

6. Käll- och litteraturförteckning

6.1. Litteratur

Ackers, Doede, *The Negotiations on the Asylum Procedures Directive*, European Journal of Migration and Law 7: 1–33, 2005, Koninklijke Brill NV. Printed in the Netherlands. [cit. Ackers, The Negotiations].

Beyer, Claes, *Rättssäkerhet – en formsak*, Juridisk Tidskrift Nr 3 1990/91, s. 389. [cit. Beyer (JT 1990/91)].

Beyer, Claes, *Vad är rättssäkerhet?*, Festskrift till Gotthard Calissendorff, Stockholm 1990, Norstedts förlag, Stockholm, 1990. [cit. Beyer, Rättssäkerhet].

Bergström, Hettne & Södersten, *Lissabonfördraget*, SIEPS 2008:11, preliminär version, svenska institutet för europapolitiska studier. [cit. Bergström, Hettne & Södersten, Lissabonfördraget].

Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, fjärde upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2010. [cit. Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2010].

Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, andra upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2004. [cit. Bernitz & Kjellgren, Europarätten 2004].

Bergholtz & Nowak (Red.), *Europakonventionen*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet. [cit. Bergholtz & Nowak, Europakonventionen]. Ej publicerad studiematerial.

Craig & De Búrca, *EU law, text, cases and materials*, tredje upplagan, Oxford university press, 2003. [cit. Craig & De Búrca, EU law].

De Secondat Montesquieu, Charles-Louis, *Om lagarnas anda*, andra upplagan, Ratio klassiker, Smedjebacken 1998. Översättning av Dagmar Lagerberg. [cit. Montesquieu, Om lagarnas anda].

Diesen (Red.), Roca, Billing, Seidlitz & Wahren, *Prövning av migrationsärenden, Bevis 8*, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2007. [cit. Diesen, Prövning].

Frändberg, Åke, *Om rättssäkerhet*, Juridisk Tidskrift Nr 2 2000/01, s. 269. [cit. Frändberg (JT 2000/01)].

Gammeltoft-Hansen & Gammeltoft-Hansen, *The Right to Seek – Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU*, European Journal of Migration and Law 10 (2008) 439–459, Martinus, Nijhoff publishers. [cit. Gammeltoft-Hansen, The Right to Seek].

Hailbronner, Kay, *The Treaty of Amsterdam and Migration Law*, European Journal of Migration and Law 1: 9-27, 1999, Kluwer Law International. Printed in the Netherlands. [cit. Hailbronner, Treaty of Amsterdam].

Hailbronner, Kay (Ed.), *EU Immigration and Asylum law – commentary*, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010. [cit. Hailbronner, Commentary].

Hailbronner, Kay, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer Law International, 2000. [cit. Hailbronner, Immigration].

Henrik Lindblom, Per, *Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktion och grundstruktur*, Svensk Juristtidning, 1999, s. 617. [cit. Lindblom (SvJT 1999 s. 617)].

Hofmann, Herwig, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, European Law Journal, Vol. 15, No. 4, July 2009, pp. 482–505. 2009 Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, Oxford, OX4 2DQ, UK and 350 Main Street, Malden, MA 02148, USA. [cit. Hofmann, Legislation].

Liedman, Sven-Eric, *Ett oändligt äventyr: Om människans kunskaper*, Första utgåva, Albert Bonniers Förlag, Stockholm, 2001. [cit. Liedman, Ett oändligt äventyr].

Leijonhufvud, Madeleine, *Etiken i juridiken*, tredje upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2009. [cit. Leijonhufvud, Etiken].

Nils Wahl (red.), *Fördrag om Europeiska unionen*, fjärde reviderade upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm 2003.

Petersson, Olof, *Statsbyggnad, Den offentliga maktens organisation*, sjätte upplagan, SNS förlag, Stockholm, 2007. [cit. Petersson, Statsbyggnad].

Peers, Steve, *Key Legislative Developments on Migration in the European Union*, European Journal of Migration and Law 8: 97–114, 2006, Koninklijke Brill NV. Printed in the Netherlands. [cit. Peers, Key Legislative].

Peers, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, second edition, Oxford University press, New York, 2006. [cit. Peers, EU Justice].

Peers, Steve, *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, European Journal of Migration and Law 10 (2008) 219–247, Martinus Nijhoff Publishers.
Frändberg, Åke, *Om rättssäkerhet*, Juridisk Tidskrift Nr 2 2000/01 Artikel s. 269. [cit. Peers, Legislative Update].

Peczenik, Alexander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, första upplagan, Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1995. [cit. Peczenik, Vad är rätt?].

Sveriges advokatsamfunds rättssäkerhetsprogram, Grafo-Tryck AB, Simrishamn, 1988. [cit. Rättssäkerhetsprogram].

Samuelsson & Melander, *Tolkning och tillämpning*, andra upplagan, lustus förlag, Uppsala 2003. [cit. Samuelsson & Melander, Tolkning].

Vedsted-Hansen, Jens, *Common EU Standards on Asylum – Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?* European Journal of Migration and Law 7: 369–376, 2005. Koninklijke Brill NV. Printed in the Netherlands. [cit. Vedsted-Hansen, EU standards].

Vahlne Westerhäll Lotta, *Den starka statens fall?, En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950 – 2000*, upplaga 1:2, Norstedts juridik AB, Solna 2004. [cit. Vahlne, Den starka statens fall?].

Wikrén & Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentarer*, åttonde upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2006. [cit. Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2006].

Wikrén & Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentarer*, nionde upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2010. [cit. Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen 2010]

6.2. Offentligt tryck

- Proposition 1988/89:86 med förslag till utlänningslag m.m.
- Proposition 1990/91:118 med förslag till lag om särskild kontroll av vissa utlänningar, m.m.
- Proposition 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden.
- Proposition 2009/10:31 Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet.
- SOU 2006:61 Asylförfarandet – genomförandet av asylprocedurdirektivet i svensk rätt.
- Motion 2009/10:Sf4
- Säkerhetspolisens remissvar, Diarienummer AD 006-13512-08, Prot. nr. 06/09.
- Noll, Gregor, remissyttrande, Dnr J 2008/770, för Lunds Universitet, 2009-02-01.
- Redogörelser för tillämpningen av lagen (1991:572) om särskild utlänningskontroll;
Skr. 2010/11:39, Skr. 2009/10:62, Skr. 2008/09:89, Skr. 2007/08:42, Skr. 2006/07:18, Skr. 2005/06:61,
Skr. 2004/05:44, Skr. 2003/04:46, Skr. 2002/03:3, Skr. 2001/02:54, Skr. 2000/01:51, Skr. 1999/2000:37.

6.3. Rättsfall

- Mål C-222/84 Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, REG 1986 s. 01651
- Mål C-83/94 Leifer m.fl., domstolens dom den 17 oktober 1995
- Mål C-273/97 Angela Maria Sirdar mot The Army Board och Secretary of State for Defence REG 1999 I-07403
- Mål C-285/98 Tanja Kreil mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2000 I-00069

6.4. Internetkällor

- <http://www.regeringen.se/sb/d/1913/a/12919>
- http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_sv.htm
- http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_sv.htm
- http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/sv/ec/00200-r1.s9.htm
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:SV:NOT>
- <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/15/35/15/e6b39580.pdf>
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:SV:NOT>
- <http://www.dn.se/kultur-noje/debatt-essa/den-vardelosa-rattvisan>
- <http://www.dn.se/ledare/huvudledare/ett-angrepp-pa-oss-alla>
- <http://www.dn.se/kultur-noje/debatt-essa/och-vem-ar-nu-terrorist>